Zivilrecht

Wolfgang Faber

Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht



Wolfgang Faber

Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht

Wolfgang Faber

Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht

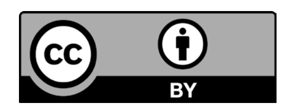
Jan Sramek Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten stehen unter <http://dnb.d-nb.de> zur Verfügung.

Gedruckt mit Unterstützung des Austrian Science Fund (FWF): PUB 977-G



Der Wissenschaftsfonds.



Eigensatz des Verlags
Schrift: Arnhem Pro
Druck und Bindung: Prime Rate Kft
Gedruckt auf: Munken Premium Cream 90 g 1,5 vol.

DOI https://doi.org/10.52018/INKB-00329-K000

Eine auf hochwertigem Papier gedruckte Fassung mit Festeinband und Fadenheftung kann unter der ISBN: 978-3-7097-0329-8 direkt beim Verlag <www.jan-sramek-verlag.at> oder im Buchhandel bestellt werden.

Wien 2023, Jan Sramek Verlag KG

Vorwort

Darüber, dass im österreichischen Mobiliarsicherungsrecht Reformbedarf besteht, ist man sich weitgehend einig. Wie eine solche Reform inhaltlich ausgestaltet sein sollte, ist eine komplexe Frage, die über die Erkenntnis, dass im Zentrum ein neu zu schaffendes Registersystem zu stehen hat, weit hinausreicht und eingehender Vorarbeiten bedarf. Die vorliegende Arbeit stellt diese Frage nach einer Reformperspektive aufgrund einer eingehenden Analyse von Problembereichen des geltenden Rechts sowie in historischer und vergleichender Perspektive. Anknüpfend an Entwicklungslinien der Vergangenheit und Gegenwart wird abschließend konkret untersucht, ob und inwieweit der 2009 von einer europäischen Expertengruppe publizierte Draft Common Frame of Reference (DCFR) in den identifizierten Problemfeldern Lösungen anzubieten vermag, die bisherige Wertungen ernst nehmen, bereits eingeschlagene Entwicklungen sinnvoll weiterführen und in Bezug auf Sorgen, die in anderen jüngeren Reformdiskussionen aufgetreten sind, möglicherweise neues Kompromisspotential erschließen. Dabei wählt die Arbeit grundsätzlich eine Makroperspektive, die aber dort, wo sich entscheidende Weichenstellungen, prägende Problembereiche und potentielle Lösungsansätze ergeben, in eine analytische Nahaufnahme wechselt. Zu manchen Streitfragen, zu denen mit Blick auf das Gesamtanliegen nichts Nennenswertes beigetragen werden muss, begnügt sie sich mitunter mit einem kurzen Abriss.

Die Arbeit wurde in ihrer ursprünglichen Fassung im November 2014 fertiggestellt und im Sommersemester 2015 an der Universität Salzburg als Habilitationsschrift angenommen. Ihr Erscheinen hat sich mehrfach verzögert. Insbesondere haben mehrere Gesetzesänderungen in Belgien, dessen völlig neu aufgestelltes Mobiliarpfandrecht aus vergleichender Perspektive von besonderem Interesse ist, sowie zuletzt in Frankreich erheblichen Nachbearbeitungsbedarf ausgelöst. Gleichzeitig hat die rezente Entscheidung des OGH zu 3 Ob 249/18s, die in Deutschland mit Besitzkonstitut wirksam begründetes, publizitätsloses Sicherungseigentum nach Verbringung der Sache auf österreichisches Hoheitsgebiet fortbestehen lassen möchte, den nationalen Reformdruck nochmals erhöht. Die nun vorgelegte Überarbeitung hat die Darstellung der einbezogenen Rechtsordnungen auf Stand gebracht, im Fall des belgischen Rechts sogar erheblich ausgebaut. Im Übrigen wurden die notwendigen Aktualisierungen vorgenommen und wichtige Nachträge an Literatur und Judikatur eingearbeitet. Die in der Erstfassung von 2014 eingenommenen Positionen haben sich aus Sicht des Verfassers inhaltlich kaum als korrekturbedürftig erwiesen. In einem Bereich wurde eine mittlerweile präferierte neue Perspektive als Nachtrag der ursprünglich vorgetragenen, nach wie vor für

gewichtig befundenen Position gegenübergestellt und dies entsprechend gekennzeichnet. Stand der Bearbeitung ist Anfang Oktober 2021. Alle Internetadressen wurden zuletzt am 25.5.2022 abgerufen.

Herzlichen Dank sagen möchte ich zunächst meinem langjährigen Förderer und unmittelbaren Vorgesetzten an der Universität Salzburg, Herrn Univ.-Prof. Dr. *Peter Mader,* der meine wissenschaftliche Entwicklung mit vielfältiger Unterstützung begleitet und die hierfür erforderlichen Freiräume völlig uneigennützig eröffnet hat. In Bezug auf die vorliegende Schrift gebührt mein Dank ferner Frau Prof. Dr. *Eva-Maria Kieninger,* Universität Würzburg, sowie den Herren Univ.-Prof. Dr. *Christian Holzner,* Universität Linz, und Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer,* Wirtschaftsuniversität Wien, für die wohlwollende Aufnahme der Arbeit in ihren Gutachten im Habilitationsverfahren und so manche Anregung, die in die Überarbeitung Eingang gefunden hat. Von den zahlreichen Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartnern, auf deren Unterstützung ich bei der Abfassung der ursprünglichen Version dieser Arbeit zurückgreifen durfte, möchte ich stellvertretend Frau Kollegin *Selma de Groot,* Universität Amsterdam, und Herrn Prof. *Pascal Ancel,* zuletzt Universität Luxemburg, anführen und allen, die auf unterschiedlichste Weise zu meinem Verständnis des Untersuchungsgegenstands beigetragen haben, meinen tiefen Dank aussprechen. Dies gilt für die Phase der nachträglichen Überarbeitung in besonderem Maße für meine ehemalige Mitarbeiterin an der Universität Salzburg, Frau Dr. *Martine Costa,* die mich vor allem bei der Erschließung neu erschienener Literatur zum belgischen, aber auch zum niederländischen und französischen Recht intensiv unterstützt hat. Dank in Zusammenhang mit der Fertigstellung des endgültigen Manuskripts gebührt insbesondere meiner Mitarbeiterin Frau Mag. *Sandra Tischler* für ihre umsichtige und akribische Lektoratsarbeit sowie meinen Assistenten Herrn Mag. *Julian Koblmüller* und Herrn Mag. *Felix Golser,* MJur (Oxford), für ihre Mithilfe bei der Aktualisierung von Zitaten und beim Erstellen des Sachregisters.

Das Erscheinen dieses Buches wäre nicht möglich gewesen ohne eine großzügige Druckkostenförderung durch den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF) sowie die ebenso vorbildliche wie unkomplizierte Betreuung durch Mag. *Jan Sramek* und Mag. *Sabine Warschitz* vonseiten des Verlags. Ihnen allen sei an dieser Stelle nochmals herzlich gedankt!

Salzburg, im Mai 2022 *Wolfgang Faber*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AAe	Ars Aequi
aaO	am angeführten Ort
ABB	Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (JGS 1811/946)
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases (seit 1891)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AK-BGB	Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Reihe Alternativkommentare (Bd II bearbeitet von *Brüggemeier/Dubischar/Ott/Rüßmann/Teubner)*
allg	allgemein
All ER	All England Law Reports Annotated (seit 1936)
All ER Rep	All England Law Reports Reprint (1843–1935)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)
Alt	Alternative
Am J Comp L	American Journal of Comparative Law
AmtlSlgNF	Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, Neue Folge
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
AO	Ausgleichsordnung (RGBl 1914/337, aufgehoben durch BGBl I 2010/29)
Ass Plén	Assemblée Plénière
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
arg	argumento
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage

B	BB	Der Betriebs-Berater
	BCC	British Company Cases
	BCLC	Butterworths Company Law Cases
	Bd	Band
	Bde	Bände
	begr	begründet
	Begr	Begründer, -in
	belg	belgische, -r, -s
	BG	Bundesgesetz
	BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch (dRGBl 1896 S 195)
	BGBl	(deutsches oder österreichisches) Bundesgesetzblatt
	BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
	BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
	BlgNR	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
	BS	Belgisch staatsblad
	BT	Besonderer Teil
	Bull civ IV	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale
	BW	Burgerlijk Wetboek (niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch)
	BWG	Bankwesengesetz (BGBl 1993/532)
	bzw	beziehungsweise
C	C	Codex
	ca	circa
	Cass	Cour de cassation
	Cass civ	Cour de cassation, Chambre civile
	Cass com	Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique
	CB	Common Bench Reports (1845–1856) (135–139 ER)
	Cc	Code civil (französisches oder belgisches Bürgerliches Gesetzbuch)
	Ccom	Code de Commerce (französisches Handelsgesetzbuch)
	Cconsom	Code de consommation (französisches Konsumentenschutzgesetzbuch)
	CFR	Common Frame of Reference
	Ch	Law Reports, Chancery Division (seit 1891)

Ch App	Law Reports, Chancery Appeal Cases
Ch D	Law Reports, Chancery Division (1875–1890); Chancery Division
CJ	Chief Justice
CMF	Code Monétaire et Financier (französisches Finanzgesetzbuch)
const. poss.	constitutum possessorium
Cornell L Rev	Cornell Law Review
Cour cass (req)	Cour de cassation, chambre des requêtes

D

D	Dalloz; Digesten
d	deutsche, -r, -s
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dens	denselben
ders	derselbe
dh	das heißt
dies	dieselbe, -n
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DOC	Dokument
dRGBl	(deutsches) Reichsgesetzblatt

E

E	Entscheidung
ed	editor *(Herausgeber)*
EdinLR	Edinburgh Law Review
EDV	elektronische Datenverarbeitung und -übermittlung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum (deutschen) Bürgerlichen Gesetzbuch (dRGBl 1896 S 604)
Einl	Einleitung
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
EO	Exekutionsordnung (RGBl 1896/79)
ER	English Reports (1220–1865)
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ERPL	European Review of Private Law
et al	et alii/et aliae *(und andere)*
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

	EuInsVO	Europäische Insolvenz-Verordnung: VO (EG) 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl 2000 L 160/1
	EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, in Österreichische Juristen-Zeitung
	EVHGB	Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch
	EWHC	High Court of England and Wales
F	f	und der, die folgende
	ff	und der, die folgenden
	FG	Festgabe
	Finanzsicherheiten-RL	Richtlinie 2002/47/EG über Finanzsicherheiten, ABl 2002 L 168/43
	FinSG	Finanzsicherheiten-Gesetz (BGBl I 2003/117)
	FN	Fußnote
	franz	französische, -r, -s
	FS	Festschrift
	Fw	Faillissementswet (niederländisches Konkursgesetz)
G	Gaz Pal	Gazette du Palais
	GBG	Allgemeines Grundbuchsgesetz (BGBl 1955/39)
	GlU	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, hrsg von *Glaser* und *Unger,* fortgeführt von *Walther*
	GlUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge; begonnen von *Glaser* und *Unger,* fortgeführt von *Pfaff, Schey, Krupsky, Schrutka von Rechtenstamm* und *Stepan*
	GP	Gesetzgebungsperiode
	Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des (bis Jahrgang 15/1871: Preußischen) Deutschen Rechts, begründet von *Gruchot*
	GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von *Grünhut*
	GS	Gemeinschuldner
	GSZ	Großer Senat für Zivilsachen des BGH (Deutschland)
	GZ	Österreichische Allgemeine Gerichtszeitung
H	hA	herrschende Ansicht/Auffassung
	HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz (BGBl I 2005/120)
	HGB	(deutsches oder österreichisches) Handelsgesetzbuch (dRGBl 1897 S 219)

HKK BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
hL	herrschende Lehre
HL	House of Lords
HL Cas	Clark's House of Lord Cases (1847–1866)
HR	Hoge Raad der Nederlanden
hrsg	herausgegeben
Hrsg	Herausgeber, -in

I

idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
ieS	im engeren Sinne
insb	insbesondere
InsO	(deutsche) Insolvenzordnung (BGBl 1994 I S 2866)
Inst	Institutionen
Int Insolv Rev	International Insolvency Review
Inv	Invoering
IO	(österreichische) Insolvenzordnung (erlassen als Konkursordnung RGBl 1914/337, umbenannt mit BGBl I 2010/29)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht (BGBl 1978/304)
IRÄG 2010	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (BGBl I 2010/29)
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des, der
iSv	im Sinne von
Iura	IVRA. Rivista internazionale di diritto romano e antico
Ius & actores	Ius & Actores. Tijdschrift voor de actoren van het gerecht en van de invordering – Revues des acteurs de la justice et du recouvrement
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn

J

J	Justice
JB	Judikatenbuch des Obersten Gerichtshofes
JBl	Juristische Blätter
JCL	The Journal of Comparative Law
JCP	Jurisclasseur Périodique (La semaine juridique)
JGS	Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach

	JherJB	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (1857–1942; bis 1897: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts)
	JORF	Journal officiel de la République française
	JuS	Juristische Schulung
	JW	Juristische Wochenschrift
	JZ	Juristenzeitung
K	Kap	Kapitel
	KB	King's Bench
	Kfz	Kraftfahrzeug, -e
	k.k.	kaiserlich-königlich
	KO	(österreichische) Konkursordnung (RGBl 1914/337)
	krit	kritisch
	KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
	KSchG	Konsumentenschutzgesetz (BGBl 1979/140)
	KSV	Kreditschutzverband
	KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen; ab Jahrgang 50/1989: Zeitschrift für Insolvenzrecht. Konkurs, Treuhand, Sanierung
L	LAW COM	Law Commission
	leg cit	legis citatae *(der zitierten Vorschrift)*
	LG	Landesgericht
	LJ	Lord Justice
	Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports (seit 1951)
	LMCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
	LQR	Law Quarterly Review
	LR	Law Reports
	Ltd	Limited
M	MB	Moniteur belge
	mE	meines Erachtens
	MLR	The Modern Law Review
	mN	mit Nachweisen
	MR	Master of the Rolls
	MSG-E	Entwurf für ein »Gesetz über ein Register für Mobiliarsicherheiten (MSG)«

MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
mW	meines Wissens
mwN	mit weiteren Nachweisen

N

n°	numéro *(Nummer)*
n	Nummer
n Chr	nach Christus
nF	neue Fassung
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift/ Nieuw Juridisch Weekblad
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht
no, No	number *(Nummer)*
nr, Nr	Nummer
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
Nw	Nachweis
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung

O

ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ObTribE	Entscheidungen des königlichen Obertribunals (Preußen)
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OP-Liste	Offene-Posten-Liste
OR	Obligationenrecht

P

p	page (Seite)
para	paragraph
Parl Gesch Boek 3	Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen (hrsg von *van Zerben/du Pon,* unter Mitwirkung von *Olthof,* 1981)
Parl Gesch Boek 3 (Inv 3, 5 en 6)	Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen (hrsg von *Reehuis/Slob,* 1990)
passim	(öfter, an verschiedenen Stellen)
PC	Privy Council
pdf	Portable Document Format (Dateiformat)

	Pkw	Personenkraftwagen
	pr	principium
	PS	Parlementaire stukken
Q	QuHGZ	Quartalshefte der Girozentrale
R	RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (1927 ff; bis 1961: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr von *Rabel)*
	RatenG	Bundesgesetz vom 15. 11. 1961 über das Abzahlungsgeschäft (Ratengesetz), BGBl 1961/279/Gesetz betreffend Ratengeschäfte (RGBl 1896/70)
	RD	Revue Dalloz
	RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
	Ref	Referent
	Rev banc fin	Revue bancaire et financière
	Rev crit dr int	Revue critique de droit international (vormals und später wieder: Revue critique de droit international privé)
	RG	(deutsches) Reichsgericht
	RGBl	(deutsches oder österreichisches) Reichsgesetzblatt
	RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
	RHD	Revue historique de droit français et étranger
	RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
	RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
	RKO	(deutsche) Reichs-Konkursordnung
	RL	Richtlinie der EG bzw EU
	Rn	Randnummer
	RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
	ROHG	Reichsoberhandelsgericht
	ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
	RPflSlgE	Sammlung von Rechtsmittelentscheidungen in Exekutionssachen
	Rs	Rechtssache
	Rsp	Rechtsprechung; Die Rechtsprechung (Zeitschrift)
	RTDciv	Revue trimestrielle de droit civil
	RW	Rechtskundig Weekblad
	Rz	Randzahl

S	Seite, -n	**S**
scil	scilicet *(nämlich, das heißt)*	
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten	
SIV	système d'immatriculation des véhicules	
sog	sogenannt, -e, -er, -es	
Sp	Spalte	
str	streitig	
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen	
TBH	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht – Revue de Droit Commercial Belge (alternative Abkürzung: RDC)	**T**
TE	Teilentwurf	
Tit	Titel	
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht	
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis – Revue d'histoire du droit – The Legal History Review	
Tul Euro Civ LF	Tulane European and Civil Law Forum	
Tul L Rev	Tulane Law Review	
Tverz	Tijdschrift voor Verzekeringen	
ua	und andere	**U**
UCC	Uniform Commercial Code	
UGB	Unternehmensgesetzbuch (BGBl I 2005/120)	
UK	United Kingdom	
UKHL	United Kingdom House of Lords Decisions	
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law	
US	United States	
USA	United States of America	
usw	und so weiter	
uU	unter Umständen	
uva	und viele, -n, -s andere(n)	
v	versus	**V**
V-C	Vice-Chancellor	
v Chr	vor Christus	
VersE	Versicherungsrechtliche Entscheidungssammlung	
vgl	vergleiche	
VO	EG- bzw EU-Verordnung	

	Vol	Volume (Band)
W	W	Weekblad van het Recht
	WLR	Weekly Law Reports
	WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
	wN	weitere Nachweise
	WPNR	Weekblad voor privaatrecht, notariaat ern registratie
	WvBrv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (niederländische Zivilprozessordnung)
Z	Z	Zahl, Ziffer
	Zak	Zivilrecht aktuell
	zB	zum Beispiel
	ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis
	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
	ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
	ZGB	Zivilgesetzbuch
	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, begr von *Goldschmidt* (1858–1944, 1948 ff; bis 1961: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht)
	ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1980 ff; früher: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis)
	ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
	ZPO	(österreichische) Zivilprozessordnung (RGBl 1895/113); (deutsche) Zivilprozessordnung (RGBl 1877 S 83, zuletzt konsolidiert durch Bekanntmachung vom 5.12.2005, BGBl 2005 I S 3202)
	ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
	ZSSt GermAbt	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
	ZSSt RomAbt	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
	zT	zum Teil
	zust	zustimmend
	zutr	zutreffend
	ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
	ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (bis 1942: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß)

Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht

I. Einleitung

A. Ausgangspunkt und Fragestellung

1. Das Sachenrecht gilt in Österreich gemeinhin als vergleichsweise statisches Rechtsgebiet. Das Recht der Mobiliarsicherheiten macht in dieser Hinsicht keine grundlegende Ausnahme; jedenfalls was das Gesetzesrecht betrifft. In der Tat handelt es sich bei den für das Mobiliarpfandrecht relevanten Bestimmungen der §§ 447–469 ABGB sehr **weitgehend um Urbestand** aus dem Jahre 1811. Legistische Eingriffe beschränken sich in diesem Bereich im Wesentlichen auf das Handelsrechts-Änderungsgesetz aus 2005, mit dem die Regelungen über den gutgläubigen Erwerb in § 456 ABGB angepasst und allgemeine Bestimmungen über die außergerichtliche Pfandverwertung für bewegliche körperliche Sachen (§§ 460a, 466a–466e ABGB) eingeführt worden sind.[1] Für das Recht der Sicherungszession bedeutsam war die Einführung von § 1396a ABGB im selben Jahr,[2] der vertraglich begründeten Abtretungsverboten in den praktisch wichtigsten Bereichen ihre von der Rechtsprechung[3] angenommene absolute Wirkung nimmt. Daneben ist lediglich die europarechtlich erzwungene Einführung des Finanzsicherheiten-Gesetzes[4] zu verzeichnen, das allerdings als Sondergesetz von vornherein gleichsam auf einem Nebengleis abgestellt wurde und auf das allgemeine Kreditsicherungsrecht bislang keinen Einfluss ausgeübt hat.

Einige wesentliche Weichenstellungen im Mobiliarsicherungsrecht hat es in den vergangenen gut 100 Jahren durchaus gegeben; sie erfolgten allerdings durch die **Rechtsprechung** und liegen zu einem Gutteil bereits erhebliche Zeit zurück. Man hat den Eigentumsvorbehalt (ohne Publizitätserfordernis)[5] sowie die Sicherungsübereignung anerkannt, letztere allerdings analog zum Pfandrecht – jedenfalls aus methodischem Blickwinkel überzeugend – an die Erfüllung von Publizitätsvoraussetzungen (Besitzübertragung oder »Zeichen« iSd § 452 ABGB)

---

1 HaRÄG BGBl I 2005/120. Sonstige Eingriffe in das vom Pfandrecht handelnde 6. Hauptstück des 2. Teils des ABGB betreffen nur das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen sowie das Retentionsrecht; dies gilt besonders für die Modifikationen durch die Dritte Teilnovelle RGBl 1916/69 (betreffend § 469 Satz 5, §§ 469a bis 471 ABGB). Aus dieser Novelle stammt auch der praktisch weitgehend bedeutungslose § 297a ABGB zur grundbücherlichen Anmerkung von vorbehaltenem Eigentum an Maschinen.

2 Eingeführt durch das Zessionsrechts-Änderungsgesetz BGBl I 2005/51.

3 OGH 5 Ob 609/81, SZ 57/8 (verstärkter Senat); zuletzt OGH 6 Ob 113/06w, RZ 2006, 284.

4 BGBl I 2003/117 idF BGBl I 2013/184, eingeführt in Umsetzung der Finanzsicherheiten-RL 2002/47/EG, ABl 2002 L 168/43.

5 Näher zur Genese unten II.B.6.b. unter 2.

geknüpft.[6] Derselbe Ansatz prägt das heutige Recht der Sicherungszession: Gefordert wird eine Publizierung der sicherungsweisen Abtretung durch »Zeichen«, konkret durch Verständigung des Drittschuldners oder einen Abtretungsvermerk in den Geschäftsbüchern des Sicherungsgebers. In diesem Bereich war gerade in jüngerer Zeit eine gewisse Dynamik zu verzeichnen, mittlerweile tritt allerdings wieder eine Konsolidierung ein.[7]

Dass **Reformbedarf** besteht, ist im Wesentlichen unbestritten.[8] Namentlich beim Fahrnispfand und analog beim Sicherungseigentum führen die seit über 200 Jahren unverändert in Geltung stehenden Publizitätsvorschriften der §§ 451, 452 ABGB dazu, dass die Begründung solcher Sicherungsrechte faktisch weitgehend unterbleiben muss. Denn das Gesetz verlangt grundsätzlich, dass der Sicherungsgeber den Pfandgegenstand aus der Hand gibt (§ 451 ABGB). Jede weitere Nutzung des Sicherungsguts im Unternehmen des Sicherungsgebers scheidet damit aus. Eine besitzlose Pfandbegründung durch »symbolische Übergabe«, etwa durch Anbringung von Pfandtafeln, lässt § 452 ABGB nur in sehr engen und aufgrund schwankender Rechtsprechung unsicheren Grenzen zu. Und selbst wo der Anwendungsbereich dieser Bestimmung mit relativer Sicherheit eröffnet ist (wie etwa bei Warenlagern), hat die Judikatur die Anforderungen an eine wirksame Pfandrechtsbegründung mittlerweile derart angezogen, dass ihre Umsetzung zum Teil praktisch unmöglich, zumindest aber höhergradig riskant ist. Hinzu kommt, dass bei Wegfall des »Zeichens« das Pfandrecht unwirksam wird.[9] Damit ist das aus praktischer Sicht wohl gravierendste Problemfeld des geltenden österreichischen Mobiliarsicherungsrechts benannt; das einzige ist es bei weitem nicht.[10]

Reformvorschläge wurden auch wiederholt unterbreitet. Dabei denkt man im Wesentlichen an die Einführung eines Registers für Mobiliarsicherheiten. Zuletzt hat eine von *Schauer* geleitete Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts für

---

6 Hierzu im Einzelnen unten III.B.1., insbesondere unter 5.

7 Zusammenfassung der Entwicklung bei *Riedler,* Gedanken zur Publizität dinglicher Kreditsicherungsrechte de lege lata et ferenda, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1365 (1380 ff) mwN.

8 Siehe aus der jüngeren Literatur etwa *Harrer,* Sicherungsrechte (2002) 121 ff; *Hinteregger,* Das Recht der dinglichen Sicherheiten – Reformbedarf vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklungen, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), ABGB 2011, Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 167; *B. Koch,* Gedanken zur Neuordnung des Mobiliarsicherheitenrechts, in FS Koziol (2010) 197; *Schauer,* Das Register für Mobiliarsicherheiten in Österreich: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlagen, in *Schauer* (Hrsg), Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht (2007) 1; *Aichinger,* Das »anonyme« Sicherungsmittel Eigentumsvorbehalt – Maßnahmen für eine Offenkundigkeit, ZfRV 2010, 273; *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365, alle mwN. Rechtsvergleichend und mit Diskussion zur Einführung eines Registerpfandrechts in Österreich auch *Andová,* Das Mobiliarpfandrecht in Österreich, Ungarn, Tschechien und der Slowakei (2004).

9 Vgl im Einzelnen die Analyse unten III.A.1. (zum Faustpfand, § 451 ABGB) bzw III.A.2. zur Verpfändung durch Zeichen (§ 452 ABGB).

10 Zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die näheren Ausführungen in Kapitel III. verwiesen.

Rechtsvorsorge und Urkundenwesen im Jahr 2007 einen mit teils ausführlichen Begründungen versehenen Gesetzesentwurf vorgelegt (im Folgenden: MSG-E).[11] Eine wesentliche Prämisse bei der Ausarbeitung dieses Entwurfs war, die Systematik des bestehenden österreichischen Kreditsicherungsrechts soweit wie möglich unangetastet zu lassen (»Kontinuitätsprinzip«).[12] Gleichwohl war dem Entwurf in der anschließenden Diskussion kein Erfolg beschieden. Die betroffenen Wirtschaftskreise und andere Interessenvertreter haben eine eher kritische Haltung eingenommen, ein politischer Wille zur Umsetzung hat sich nicht entwickelt. Als zwei wesentliche Gründe für das – zumindest vorläufige – Scheitern dieser Reforminitiative können die Befürchtung einer weiteren Zunahme masseloser Insolvenzen sowie die als abschreckend empfundene Vision eines »gläsernen Schuldners« gelten, der im Wege eines Mobiliarsicherheitenregisters faktisch zur Preisgabe sensibler Informationen zB über Umfang und Konditionen seiner Fremdfinanzierung sowie über die in seinem Unternehmen eingesetzten Produktionsmittel gezwungen werde.[13]

2. Auch die vorliegende Arbeit widmet sich der Frage, wie die Probleme des geltenden österreichischen Mobiliarsicherungsrechts behoben werden könnten. Konkret soll insbesondere der Frage nachgegangen werden, ob die in **Buch IX** des 2009 von einem großen europäischen Forschernetzwerk vorgelegten **Draft Common Frame of Reference (DCFR)** unterbreiteten Vorschläge[14] eine taugliche Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht darstellen könnten. Dort wird unter Berücksichtigung internationaler Vorbilder wie Article 9 des US-amerikanischen Uniform Commercial Code (UCC) und des UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions[15] ein umfassendes Regelungsmodell für Mobiliarsicherheiten einschließlich eines elektronischen Mobiliarsicherheitenregisters vorgelegt.

---

11 Entwurf für ein »Gesetz über ein Register für Mobiliarsicherheiten (MSG)«, veröffentlicht in *Schauer,* Register 43 ff (mit Empfehlungskatalog 33 ff). Einführung und Literaturnachweise hierzu unten V.A.3.; dort auch Hinweise auf frühere Reformansätze.

12 Vgl Empfehlungen 1.2. und insbesondere 5.1.1. bei *Schauer,* Register 33, 38.

13 Zusammenfassungen der Kritik bieten die Arbeitsgruppenmitglieder *Schauer,* Ein Register für Mobiliarsicherheiten – der österreichische Entwurf, das polnische Recht und der Draft Common Frame of Reference im Vergleich, in FS Kalus (2010) 451 (456 ff); und *Lukas,* Vom UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions zu einem Mobiliarpfandregister in Österreich, ÖBA 2007, 262 (268).

14 Veröffentlicht in *von Bar/Clive* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009), Band 6. Buch IX DCFR wurde mit ergänzten rechtsvergleichenden »Notes« nochmals publiziert in *Drobnig/ Böger,* Principles of European Law: Proprietary Security in Movable Assets (2015).

15 Der Guide wurde 2007 von UNCITRAL fertiggestellt und 2008 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen. Vgl die Anmerkungen im Vorwort des UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2010) iv sowie die in Annex II dieser Publikation (aaO 535 ff) wiedergegebenen Beschlüsse. Mittlerweile ist auf dieser Grundlage ein UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016) erarbeitet worden; siehe unten V.A.1.

Die Ausrichtung von Reformüberlegungen an Buch IX DCFR könnte sich nicht zuletzt dann als vorteilhaft erweisen, wenn diese Modellregelungen in weiteren europäischen Staaten als Ausgangspunkt für nationale Reformprojekte gewählt werden oder sich mittel- bis längerfristig überhaupt eine gesamteuropäische Initiative zur Vereinheitlichung oder zumindest Angleichung dieses Rechtsbereichs ergeben sollte. Namentlich ein gemeinsames Registersystem könnte für Produktions- und Handelsunternehmen sowie für die Kreditwirtschaft im Binnenmarkt erhebliche Vereinfachungen und erhöhte Rechtssicherheit bewirken. Tatsächlich hat bereits ein Mitgliedstaat der EU sein Mobiliarsicherungsrecht unter starker inhaltlicher Orientierung am DCFR (wie auch am UNCITRAL Legislative Guide und Article 9 UCC) einer umfassenden Reform unterzogen, und zwar Belgien mit einem Reformgesetz aus 2013, das nach weiteren Modifikationen letztendlich mit 1.1.2018 in Kraft getreten ist.[16] In Schottland hat die Law Commission entsprechende Reformen geprüft und zuletzt auch Vorschläge unterbreitet, in England hat sich nach zunächst erfolglosen Anläufen der dortigen Law Commission vor einigen Jahren neuerlich eine breit aufgestellte Expertengruppe einer Reform in Anlehnung an entsprechende internationale Vorbilder verschrieben.[17] Aus Deutschland und den Niederlanden liegen ausführliche rechtswissenschaftliche Arbeiten vor, die das Modell des DCFR (zum Teil mit Modifikationen im Einzelnen) als europäische Entwicklungsperspektive empfehlen.[18] Ob, wann und in welchem Rahmen sich solche europäischen Entwicklungen ergeben werden, steht derzeit aber natürlich nicht fest.

Fest steht allerdings, dass Buch IX DCFR nicht »[d]ie Systematik des bestehenden Kreditsicherungsrechts … so weit wie möglich unangetastet« lassen würde,[19] wie dies nach dem erwähnten österreichischen Arbeitsgruppenentwurf von 2007 geschehen hätte sollen. Es kann auch als wahrscheinlich gelten, dass Buch IX DCFR sich teils ähnlichen Einwänden ausgesetzt sehen würde wie der MSG-Entwurf von 2007, vor allem hinsichtlich seiner potentiellen Eignung zur weitergehenden Aushöhlung von Insolvenzmassen. Umgekehrt ist freilich denkbar, dass das DCFR-Modell bestimmte Aspekte, die sich in der Diskussion des MSG-E als problematisch erwiesen haben, einer günstigeren Lösung zuführen würde und sich anstatt durch größtmögliche »Kontinuität« gegenüber dem geltenden Recht vielleicht gerade dadurch auszeichnen könnte, dass es Insuffizienzen, Wertungs-

16 Zum neuen belgischen Recht siehe unten IV.D.

17 Siehe die Hinweise unten IV.E.4. auf die Dokumente der Scottish Law Commission aus 2011 und 2017 sowie auf die englische Initiative des »Secured Transactions Law Reform Project«.

18 Siehe für Deutschland *Brinkmann,* Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (2011) 435 ff, 468 ff; für die Niederlande *Hamwijk,* Publicity in Secured Transactions Law – Towards a European public notice filing system for non-possessory security rights in movable assets? (2014) 334 ff.

19 Vgl Empfehlung 5.1.1. bei *Schauer,* Register 38.

brüche, Lücken und Unsicherheiten des geltenden Rechts durch Rückgriff auf abweichende Regelungskonzepte vermeidet.

Zur Klärung solcher Fragen wird eine genauere Analyse des DCFR-Modells alleine nicht genügen. Man wird auch untersuchen müssen, warum das österreichische Mobiliarsicherungsrecht im Einzelnen dort steht, wo es sich gegenwärtig befindet. Auch die Systematik des geltenden Rechts, an die man weitestmöglich anknüpfen mag oder auch nicht, ist nicht zufällig so entstanden, sondern Produkt historischer Entwicklungen aus Problemlagen, Reaktionen und Gegenreaktionen. Die vorliegende Arbeit setzt sich daher zunächst zum Ziel, wesentliche **langfristige Entwicklungslinien** im Mobiliarsicherungsrecht freizulegen. Dies lässt zum einen ein tieferes Verständnis einzelner Probleme des geltenden Rechts erhoffen und möglicherweise auch Richtungen erkennen, in die sich Lösungsansätze künftig konsequenterweise entwickeln könnten. Dabei liegt es nahe, den Blick nicht auf das österreichische Recht zu beschränken: Ausgehend vom römisch-gemeinen Recht haben sich die kontinentaleuropäischen Länder in der Kodifikationsepoche des späten 18. und des 19. Jahrhunderts sowie darüber hinaus mit weitgehend ähnlichen Problemen rechtlicher und wirtschaftlicher Natur konfrontiert gesehen und haben darauf zunächst weitgehend ähnlich – mit der Verankerung eines strikten Faustpfandprinzips als Reaktion auf praktische Probleme der römischen Mobiliarhypothek – und auf die aus dem Faustpfandprinzip seinerseits entstehenden Probleme mittelfristig unterschiedlich bzw unterschiedlich schnell reagiert. Auch aus diesen Entwicklungen lässt sich Gewinn ziehen, wenn man nach künftigen Perspektiven für das österreichische Recht fragt. Denn der Blick auf Nachbarrechtsordnungen kann Gemeinsames zutage fördern und dabei Herausforderungen unterstreichen, denen sich auch das österreichische Recht im Zuge von Reformüberlegungen stellen wird müssen oder zumindest stellen sollte. Er kann ferner helfen, verschiedene potentielle Lösungsansätze zu sammeln, und damit die Grundlagen für eine Entscheidungsfindung zur Zukunft des eigenen Rechts verbessern; etwa, wenn es um die konkrete Ausgestaltung von Mobiliarsicherheitenregistern geht. Die angesprochenen langfristigen Entwicklungslinien im Mobiliarsicherungsrecht werden daher in einigen Aspekten auch mit dem »Blick zur Seite«, also in **ausgewählte weitere europäische Rechtsordnungen** verfolgt.

Derartige grobe Entwicklungslinien betreffen etwa die Frage nach konkret aufgestellten Publizitätsanforderungen für Mobiliarsicherungsrechte und wem genau (dem potentiellen Käufer der belasteten Sache, einem späteren Pfandnehmer, künftigen ungesicherten Gläubigern oder allenfalls dem Gläubiger selbst) sie auf welche Weise dienen. Sie betreffen ferner die Frage, wie eine Rechtsordnung mit dem Bedürfnis des Sicherungsgebers umgeht, die als Kreditunterlage vorgesehene Sache weiter operativ nutzen zu können. Sollte ein Ausweg darin gesucht werden, dass unterschiedliche Anforderungen oder Rechtsfolgen an die

Verwendung unterschiedlicher Rechtsformen (zB Sicherungseigentum gegenüber Pfandrecht) geknüpft werden, stellt sich die Frage, ob und inwieweit solche Differenzierungen gerechtfertigt werden können, ob sich Folgeprobleme ergeben (zB im Vollstreckungsrecht oder in Hinblick auf Übersicherungen) und welche Wege eine Rechtsordnung zur Lösung allfälliger Folgeprobleme einschlägt. Daneben interessiert etwa, welche Haltung eine Rechtsordnung gegenüber globalen Belastungen bestimmter Vermögensteile (zB von Waren- und Forderungsbeständen) oder überhaupt des gesamten (Mobiliar-)Vermögens einnimmt. Es ist offensichtlich, dass sich viele dieser Fragen nicht vollständig gegeneinander abgrenzen lassen und verschiedene Linien zumindest zeitweilig miteinander verwoben sind.

Auf dieser Grundlage kann sich die Arbeit schlussendlich der schon angesprochenen Frage nach der zukünftigen Ausrichtung des österreichischen Rechts zuwenden und **Entwicklungsperspektiven** für die einzelnen Problemfelder näher diskutieren. Im Idealfall könnten sich vorgefundene Entwicklungslinien in konkrete Entwicklungsperspektiven fortspinnen lassen (beispielsweise wenn sich schon im geltenden Recht starke Tendenzen einer Assimilierung verschiedener Rechtsformen wie Pfandrecht und Sicherungseigentum ausmachen lassen sollten). Allenfalls stehen mehrere Optionen zur Auswahl oder als Ausgangspunkt für Modifikationen zur Verfügung. Auf dieser Basis kann dann eine Bewertung versucht werden, ob sich die einzelnen Ansätze von Buch IX DCFR als Perspektiven einer künftigen Rechtsentwicklung empfehlen.

Dies wiederum macht jedenfalls für bestimmte zentrale Konzepte eine **vertiefte Analyse der DCFR-Regeln** erforderlich, die je nach Ergebnis in Anregungen zur Fortentwicklung im Detail, zu teilweisen Korrekturen oder auch zu Begleitmaßnahmen zB im Insolvenzrecht münden könnten. Hierin wird ein weiteres, von der Beurteilung aus spezifisch österreichischer Perspektive potentiell selbständiges Erkenntnisziel gesehen. Im Zuge dieser Untersuchung wird sich auch zeigen, inwieweit die Ansätze des DCFR im Einzelnen tatsächlich »Neuland« aus Sicht kontinentaleuropäischer Zivilrechtsordnungen darstellen.

3. Ziel der Arbeit ist im Wesentlichen die Aufbereitung von **Grundlagen für künftige Reformschritte**, sowohl in der Analyse gegenwärtiger Problemfelder und ihrer Ursachen wie auch im Aufzeigen möglicher Entwicklungsperspektiven und ihrer Anknüpfungspunkte in der bisherigen Rechtsentwicklung. Die Entwicklung konkreter Reformmaßnahmen, sei es auf nationaler oder europäischer Ebene, wäre ein nächster Schritt. Dieser ist nicht mehr Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Fest steht allerdings, dass die **Dringlichkeit**, über solche nächsten Schritte ernsthaft nachzudenken, in jüngerer Zeit signifikant zugenommen hat. Nicht nur ist der in den vergangenen 20 Jahren vielfach artikulierte Reformbedarf beim Fahrnispfand, Unternehmen eine Kreditaufnahme unter Weiternutzung des Siche-

rungsguts zu eröffnen,[20] ungebrochen. Jüngst hat auch der OGH den Druck insoweit erhöht, als er in Deutschland wirksam mittels Besitzkonstituts begründetes Sicherungseigentum, also ein vollkommen publizitätsloses Sicherungsrecht, nach Verbringung der belasteten Sache nach Österreich als weiterhin wirksam anerkannt hat.[21] Hierdurch droht – sofern diese Judikatur aufrechterhalten wird – das auf einem strengen Publizitätsprinzip fußende österreichische Mobiliarsicherungsrecht in erheblichem Maße unterlaufen zu werden; nicht nur durch den Import von publizitätslos belasteten Sachen aus Deutschland oder anderen Staaten, sondern auch insofern, als es nach dieser Entscheidung möglich zu sein scheint, fahrbare und leicht transportierbare Mobilien wie Kraftfahrzeuge, EDV-Anlagen und einigermaßen handliche Maschinen allein zwecks nachweisbarer Begründung eines publizitätslosen Sicherungsrechts ins Ausland zu verschaffen und diese Gegenstände sodann im Inland unter Fortbestand der Belastung weiter zu nutzen.[22] Wird dieses Geschäft von ausländischen Kreditgebern abgewickelt, droht neben der fehlenden Erkennbarkeit für den Rechtsverkehr auch der österreichischen Kreditwirtschaft ein Wettbewerbsnachteil.[23] Diesem misslichen Zustand könnte durch Schaffung eines modernen Registersystems für Mobiliarsicherheiten, das auch bei der Einfuhr belasteter Gegenstände zur Aufrechterhaltung der Wirksamkeit des ausländischen Sicherungsrechts genutzt werden könnte, adäquat abgeholfen werden. Ob es sich dabei um ein nationales oder um ein europäisches Registersystem handelt, erscheint insoweit zweitrangig.

B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Klar ist, dass im Rahmen dieser Arbeit keine vollständige Aufarbeitung von Entwicklungsgeschichte, gegenwärtigem Stand und möglicher künftiger Entwicklung

20 Siehe bereits oben I.A. bei FN 8.

21 OGH 3 Ob 249/18s, JBl 2019, 439 *(Ronacher)* = ZFR 2019, 468 *(Schwartze)* = EvBl 2020/9 *(Brenn)* = EWiR 2019, 337 *(Mankowski).* Hierzu – neben den in den folgenden beiden FN zitierten Beiträgen – etwa *Lurger,* Aus einem hypothetischen Verstoß gegen die Grundfreiheiten folgt: Besitzloses (deutsches) Sicherungseigentum überlebt den Grenzübertritt nach Österreich nun doch, IPRax 2019, 560; *Bachner,* Publizität und stärkste Beziehung bei Mobiliarsicherheiten im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, ÖJZ 2020, 53; *Heindler,* Die Faustpfandpublizität im IPR, ÖBA 2020, 395.

22 Ein solcher Fall lag augenscheinlich auch der erwähnten E OGH 3 Ob 249/18s zugrunde: Gegenstand der in Deutschland vorgenommenen Sicherungsübereignung war neben einem Pkw eine Registrierkasse für das vom Kreditnehmer geführte Gastlokal in Vorarlberg. Diese war also ganz offensichtlich dauerhaft zur Verwendung in Österreich bestimmt. Näher zum Problem *W. Faber,* In Deutschland publizitätslos begründetes Sicherungseigentum nach Grenzübertritt doch nicht unwirksam? ÖBA 2019, 401 (406 f).

23 Vgl *W. Faber,* Aus dem Ausland »importierte« Mobiliarsicherheiten: Handlungsbedarf im IPRG bzw im materiellen Recht? ZFR 2020, 280 (283).

des Mobiliarsicherungsrechts geleistet werden kann. Eingrenzungen des Untersuchungsgegenstands sind unumgänglich. Sie sollen primär danach vorgenommen werden, dass die Arbeit trotz thematischer Beschränkung einen substanziellen Beitrag zur Analyse und langfristigen Fortentwicklung des österreichischen Mobiliarsicherungsrechts leisten kann.

Dies legt nahe, dass in den näher ins Auge gefassten Bereichen Raum für tiefergehende Untersuchungen sein soll, während andere Bereiche praktisch vollständig entfallen dürfen. Damit wird zwar insbesondere auch die versuchte Bewertung der DCFR-Regeln in Hinblick auf ihre potentielle Eignung als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht notgedrungen unvollständig bleiben. Es erscheint jedoch in Hinblick auf die erhoffte künftige rechtspolitische Diskussion vorzugswürdig, für Grundkonzepte und einige wesentliche Bereiche über eine einigermaßen detaillierte Diskussionsgrundlage zu verfügen, als in die Breite zu gehen und dafür notgedrungen eher an der Oberfläche zu bleiben. Beispielsweise können gerade in Hinblick auf die Funktionsweise von Registersystemen vermeintlich kleine Abweichungen erhebliche Auswirkungen im Detail haben. »Übersteht« das DCFR-Modell den mit dieser Arbeit unternommenen ersten näheren Test für die ausgewählten Teilbereiche, können weitere Untersuchungen zu anderen Segmenten folgen.

1. Im Einzelnen führt dies zu Beschränkungen auf mehreren Ebenen: Erstens und vor allem erfolgt eine Eingrenzung nach der **Art des Sicherungsguts:** Die Untersuchung widmet sich in allen Teilen praktisch ausschließlich Sicherungsrechten an **Fahrnis und Forderungen.** Die Ausrichtung auf Fahrnisgegenstände ist für die Zwecke gerade der vorliegenden Untersuchung im Grunde unverzichtbar, weil zum einen das Fahrnispfand über Jahrhunderte *das* paradigmatische Mobiliarsicherungsrecht gewesen ist und alle maßgebenden Entwicklungen wie der Aufstieg und Fall der römischrechtlichen Mobiliarhypothek, der Siegeszug des Faustpfandprinzips und Ausweichtendenzen wie die publizitätslose Sicherungsübereignung und der Eigentumsvorbehalt diese Güterkategorie betreffen. Zum anderen ist es gerade dieser Bereich, in dem das geltende österreichische Recht seine massivsten praktischen Defizite aufweist. Ferner ist hier aufgrund der oben referierten jüngsten OGH-Judikatur zur Anerkennung publizitätslos in Deutschland begründeten Sicherungseigentums[24] der Reformdruck am höchsten. Forderungsrechte stellen die zweite klassische Kategorie beweglichen Vermögens dar, auf das für Sicherungszwecke zurückgegriffen wird. Auch hier ergibt sich für das österreichische Recht jedenfalls Diskussionsbedarf. Bei beweglichen körperlichen Sachen ist im Rahmen dieser Arbeit im Übrigen an Waren aller Art mit Ausnahme solcher lang-

24 Oben I.A. mit FN 21.

lebiger und hochwertiger Sachen gedacht, für die auch nach nationalem Recht spezielle Register zur Begründung und Übertragung dinglicher Rechte bestehen (wie für See- und Binnenschiffe[25]). Bei Forderungen stehen solche auf Zahlung eines Geldbetrags im Vordergrund. Ausgeklammert bleiben allerdings verbriefte Forderungen unabhängig davon, ob deren Übertragung oder Verpfändung die Übergabe des Papiers voraussetzt,[26] sowie generell die Verpfändung oder sonstige Belastung von Wertpapieren und Finanzsicherheiten iSd FinSG.[27] Ausgeklammert bleiben ferner der praktisch zunehmend wichtige Bereich der Sicherheiten an Immaterialgüterrechten[28] sowie die Belastung von Gesellschaftsanteilen.[29]

---

25 Für diese erfolgt die Bestellung einer Schiffshypothek durch Eintragung in das jeweilige Schiffsregister. Vgl § 8 iVm § 3 Schiffsrechtegesetz (Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken), dRGBl I 1940, 1499. Dieses steht in Österreich weiterhin in Geltung, vgl OGH 6 Ob 251/00f, SZ 74/27. Eine Einführung in dieses einzige Registerpfandsystem des österreichischen Rechts bietet *Andová,* Mobiliarpfandrecht 30 ff. – Buch IX DCFR erfasst zwar grundsätzlich auch in solchen Registern erfasste Vermögenswerte (vgl IX.–3:312 DCFR), sie bleiben aber im Rahmen dieser Untersuchung außer Betracht.

26 Zum österreichischen Recht hierzu etwa *Böhler,* Die Verpfändung von Sparbüchern (1992).

27 Als »Finanzsicherheiten« gelten nach den jeweiligen Definitionen in § 3 Abs 1 FinSG: »Barsicherheiten« iSd § 3 Abs 1 Z 4 FinSG (auf einem Konto gutgeschriebene Geldbeträge oder vergleichbare Geldforderungen, nicht aber Bargeld), »Finanzinstrumente« iSd § 3 Abs 1 Z 5 FinSG (zB Aktien und vergleichbare Wertpapiere, Schuldverschreibungen und sonstige verbriefte oder unverbriefte Schuldtitel, die auf dem Kapitalmarkt gehandelt werden können; ferner alle Titel, die zum Erwerb solcher Vermögenswerte berechtigen oder zu einer Barzahlung führen etc), sowie nach der Reform durch BGBl I 2010/90 auch »Kreditforderungen« iSd § 3 Abs 1 Z 15 FinSG (Geldforderungen eines Kreditinstituts aufgrund einer Kreditvereinbarung, wobei weitgehend Ausnahmen für Kreditverbindlichkeiten von Verbrauchern, Kleinstunternehmen und kleinen Unternehmen bestehen). Überblick zu diesen Regelungen des sachlichen Anwendungsbereichs und zu den Gründen seiner Ausdehnung bei *Mätzler/Hebein,* Neue Möglichkeiten für Verpfändungen – Die Ausweitung des Finanzsicherheitengesetzes, ÖBA 2011, 624 (626 f). Der persönliche Anwendungsbereich des FinSG war nach der österreichischen Umsetzung zunächst auf Sicherungsvereinbarungen zwischen professionellen Finanzmarktteilnehmern beschränkt (vgl die Aufzählung in § 2 Abs 1 FinSG), wurde mit der erwähnten Novelle BGBl I 2010/90 jedoch auf Finanzsicherheiten ausgeweitet, an denen auf der einen Seite eine juristische Person, ein Einzelunternehmer oder eine Personengesellschaft und auf der anderen Seite ein Finanzmarktteilnehmer iSd § 2 Abs 1 FinSG beteiligt ist (§ 2 Abs 2 FinSG). Auch hierzu *Mätzler/Hebein* aaO 634 ff. Zu der dem FinSG zugrundeliegenden RL 2002/47/EG über Finanzsicherheiten (ABl 2002 L 168/43, geändert durch RL 2009/44/EG, ABl 2009 L 146/37) etwa *von Wilmowsky,* Europäisches Kreditsicherungsrecht, in *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht II[3] (2017) 1947 (1960 ff).

28 Hierzu etwa *Decker,* Geistiges Eigentum als Kreditsicherheit – Status Quo und Reformmöglichkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Empfehlungen des UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und dessen Annex (2012); *Mitsdörffer,* Sicherungsrechte an Schutzrechten – Ein Vergleich zwischen dem deutschen Recht und dem UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2014); *Picht,* Vom materiellen Wert des Immateriellen – Immaterialgüterrechte als Kreditsicherungsmittel im nationalen und internationalen Rechtsverkehr (2018); mit Bezug zum geltenden österreichischen Recht *G. Koziol,* Lizenzen als Kreditsicherheiten – Zivilrechtliche Grundlagen in Deutschland, Österreich und Japan (2011). Siehe auch *G. Koziol,* Sicherungsrechte an Immaterialgüterrechten und Register für

2. Zum Zweiten beschränkt sich die Arbeit auf **vertraglich begründete** Sicherungsrechte. Exekutive Pfandrechte werden ebensowenig behandelt wie gesetzliche Zurückbehaltungsrechte.[30]

3. Drittens werden innerhalb des solcherart gesteckten Rahmens **Schwerpunkte** gesetzt. Auch diese orientieren sich vor allem an jenen Bereichen, in denen das geltende österreichische Recht praktisch bedeutsame Defizite, Unklarheiten oder Strukturprobleme aufweist. Im Zentrum stehen folglich besonders **Publizitätsfragen** aller Art, beginnend mit der Grundfrage, ob und für welchen Anwendungsbereich eine Erkennbarkeit des Sicherungsrechts überhaupt gefordert wird, und dann vor allem die konkrete Ausgestaltung einzelner Publizitätsmedien einschließlich ihres Publizitätsgrads im Einzelnen samt potentieller Vorteile und Defizite. Von Interesse ist jedoch auch die in historischer und vergleichender Perspektive alles andere als triviale Frage, wer mit einem Instrument, das die Funktion eines Publizitätsträgers erfüllen könnte, eigentlich geschützt werden soll.

Einen zweiten Schwerpunkt bildet die **zulässige Reichweite von Sicherungsrechten.** Diese Frage stellt sich in mehrerlei Ausprägung, nämlich in Bezug auf die Ausdehnung eines Sicherungsrechts quasi »in die Breite« (dh in Hinblick auf eine möglichst vollständige Erfassung des Schuldnervermögens), »in die Zukunft« (in Bezug auf die Belastung künftiger Sachen und Forderungen) und hinsichtlich der gesicherten Forderung selbst (vor allem in Bezug auf die Sicherung künftiger Forderungen). In diesem Zusammenhang interessieren besonders auch potentielle Mittel zur Beschränkung der jeweiligen Reichweite, beginnend mit dem klassischen Prinzip der Spezialität und seinem genauen Zuschnitt über allfällige Höchstbetragsregeln bis zu Ansätzen, die einer allenfalls eintretenden Übersicherung entgegenwirken sollen. Hiermit in Zusammenhang stehen im Speziellen auch die im Verlauf der Arbeit mehrfach wiederkehrende Frage nach der Wirksamkeit von »All-Klauseln« (zB die Sicherungsabtretung aller gegenwärtiger und zukünftiger Forderungen aus dem Betrieb eines Unternehmens) sowie ein gewisser Schwerpunkt bei der Verpfändung von Warenlagern mit wechselndem Bestand.

Mobiliarsicherheiten – Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions als Vorbild? in FS Iro (2013) 365 (371) mit kritischer Einschätzung zur Leistungsfähigkeit des DCFR in diesem Bereich.

29 Für Österreich vgl etwa *B. Koch,* Kreditsicherheiten an Gesellschaftsanteilen, Immaterialgütern und Internet-Domains, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX[2] (2012) 435 (Rz 7/1 ff); *Wolkerstorfer,* Das Pfandrecht des Unternehmers – Aktuelle Praxisprobleme und Lösungen (2012) 137 ff (zu Wertpapieren, GmbH-Anteilen und Immaterialgüterrechten); *Torggler,* Zur Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ÖBA 1998, 430.

30 Retentionsrechte stehen im Rahmen dieser Untersuchung auch dann beiseite, wenn sie vertraglich begründet werden.

In besonderem Maße interessiert ferner die Frage, inwieweit **rechtsformabhängige Differenzierungen** gerechtfertigt werden können, insbesondere wenn das Eigentumsrecht funktional zur Sicherung einer Forderung eingesetzt wird. Diese Frage stellt sich vor allem in Bezug auf die bereits angesprochene Publizität, geht aber weit über diesen Bereich hinaus und betrifft etwa auch den Bereich der Geltendmachung und Verwertung des Sicherungsrechts sowie dessen Wirkung gegenüber konkurrierenden Gläubigern, insbesondere in der Insolvenz und Zwangsvollstreckung.

Eine teilweise, aber nicht notwendig hiermit in Zusammenhang stehende Frage betrifft das Prioritätsverhältnis zwischen verschiedenen Typen von gesicherten Gläubigern wie »Warenkreditgebern« (zB Verkäufern unter Eigentumsvorbehalt) und »Geldkreditgebern« (zB dem Inhaber eines Pfandrechts am Warenlager, in das die Vorbehaltsware aufgenommen wird).

Hinzu treten verschiedene Aspekte der »**Bestandsfestigkeit**« von Sicherungsrechten, zB die Möglichkeiten einer Weitersicherung in Fällen der Verarbeitung oder der Veräußerung des ursprünglichen Sicherungsguts. Dieser Bereich erscheint nicht nur in Hinblick auf das österreichische Recht interessant, das hier im internationalen Vergleich durchaus konkurrenzfähige Instrumente anzubieten hat, sondern vor allem auch mit Blick auf völlig unterschiedliche Lösungsansätze und dementsprechend unterschiedliche Lösungen in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen.

Fragen der Verwertung werden mit untergeordneter Gewichtung mitbehandelt, insbesondere in Hinblick darauf, inwieweit Konstruktionsfragen einschließlich der Rechtsform der Sicherheit das Bestehen, die Funktionsweise und die Reichweite eines Verwertungsrechts determinieren. In verschiedener Weise relevant sind ferner die Modalitäten der Bestellung einzelner Sicherungsrechte respektive deren Praktikabilität.

Keine Rolle spielt demgegenüber zB die Übertragung eines bereits begründeten Sicherungsrechts sowie mit wenigen Ausnahmen (beim DCFR) der gutgläubige Erwerb von Sicherungsrechten. Was die potentielle künftige Rechtsentwicklung betrifft, liegt der Schwerpunkt auf einer inhaltlichen Beurteilung. Fragen einer allfälligen Umsetzung – dh etwa, ob national oder europäisch oder durch akkordiertes Vorgehen einzelner Staaten; in Form eines Modellgesetzes, eines verbindlichen Rechtsakts bzw allenfalls eines optionalen Instruments – stehen ebenfalls im Wesentlichen beiseite.

4. Eine weitere Ebene der Einschränkung betrifft insbesondere den rechtsvergleichenden Ausblick in ausgewählte **andere europäische Rechtsordnungen** (Deutschland, Niederlande, Frankreich, Belgien, England). Hier konzentriert sich einerseits die Länderauswahl – neben dem für viele Entwicklungen im österreichischen Recht unverzichtbaren deutschen Recht – auf solche Staaten, die in jüngerer

Zeit moderne Registersysteme eingeführt haben.[31] Andererseits werden nicht für alle Staaten alle oben als Schwerpunktbereiche angesprochenen Themengebiete behandelt, wie dies im Rahmen rechtsvergleichender Arbeiten an sich üblich wäre. Es erfolgt vielmehr eine Selektion danach, welche Bereiche in Hinblick auf die im betreffenden Land konkret gewählten Lösungen für die Beurteilung österreichischer Entwicklungsperspektiven ergiebig erscheinen.[32] Für das deutsche Recht wiederum liegt der Schwerpunkt eher auf der Zeit vor bzw um 1900, da sich in dieser Epoche die meisten für die österreichische Rechtsentwicklung maßgebenden Impulse ergeben haben.

C. Gang der Untersuchung

Kapitel II widmet sich zunächst den Wurzeln des geltenden Mobiliarsicherungsregimes im römischen Recht mitsamt einem Ausblick auf gemeinrechtliche Entwicklungen. Hier nehmen viele der später prägenden Entwicklungen ihren Ausgang. Das gilt vor allem für das später massiv in Verruf geratene besitzlose Pfandrecht, die Mobiliarhypothek, und deren besondere Ausprägungsform der Generalhypothek am gesamten Vermögen des Schuldners. Diese Erscheinungen lösen im Verbund mit weiteren Phänomenen einen ersten Pendelschlag aus, die praktisch einmütige Einführung eines strikten Faustpfandprinzips in der Kodifikationsära. Der zweite Teil dieses Kapitels befasst sich einerseits mit der Umsetzung dieses Prinzips und seiner näheren Entwicklung, daneben aber auch bereits mit namentlich in Deutschland schon vor Inkrafttreten des BGB durch wirtschaftliche Zwänge eingeleiteten Gegentendenzen, die in der Folge auf andere Rechtsordnungen wie Österreich und die Niederlande übergreifen.

In Kapitel III erfolgt auf dieser Grundlage ein näherer Aufriss von Problembereichen und Entwicklungstendenzen im geltenden österreichischen Recht. Er umfasst alle oben als Schwerpunktbereiche gekennzeichneten Themen, im Besonderen Publizitätsprobleme, denen für das österreichische Mobiliarsicherungsrecht generell ein nahezu dominanter Stellenwert zukommt. Kapitel IV wirft den bereits erwähnten etwas selektiven Blick auf das deutsche, niederländische, französische,

31 Hinzu tritt als faktische Einschränkung ein Sprachkompetenzaspekt: Für die genannten Rechtsordnungen war ich in der Lage, Material in den jeweiligen Landessprachen auszuwerten. In Bezug auf slawische Sprachen wäre ich hierzu nicht imstande gewesen. Hierzu muss auf andere Untersuchungen verwiesen werden. Zu den neueren Registerpfandsystemen mittel- und osteuropäischer Staaten siehe etwa *Andová,* Mobiliarpfandrecht 109 ff (Ungarn), 180 ff (Tschechien), 214 ff (Slowakei) und 249 ff (Zusammenfassung); ferner die Länderberichte für Bulgarien, Polen, Rumänien, Russland, Slowakei, Tschechien, Ukraine und Ungarn in *Winner/Cierpial-Magnor* (Hrsg), Dingliche Kreditsicherheiten in der Insolvenz in Mittel- und Osteuropa (2016) mit idR kürzerem Überblick zu den jeweiligen Mobiliarsicherheitenregistern.

32 Näher hierzu in Kapitel IV.

belgische und englische Recht. Wie angedeutet bilden hier Fragen der Funktion und Funktionsweise von Mobiliarsicherheitenregistern einen besonderen Schwerpunkt. Die daneben erörterten Themen wechseln abhängig von ihrer Relevanz für die Zwecke der Untersuchung.

Das letzte Hauptkapitel V diskutiert das Lösungsmodell des DCFR als solches und besonders in Hinblick auf seine Eignung als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht. Vorangestellt ist ein geraffter Überblick über die wesentlichen Inhalte und Grundkonzepte dieses Modellregelwerks.[33] Auf diesen sei – sofern erforderlich – für Zwecke einer ersten Orientierung generell verwiesen. Zum Teil wird nämlich, um Wiederholungen zu vermeiden und den jeweiligen Kontext möglichst zu wahren, bereits in den voranstehenden Kapiteln in einzelnen Fragen vergleichsweise auf den DCFR Bezug genommen.

Ein kurzes abschließendes Kapitel VI fasst wesentliche Ergebnisse zur Eignung des DCFR als Entwicklungsoption für Österreich zusammen.

33 Siehe V.A.2.

II. Grundlagen und Problemfelder in historischer Perspektive: vom römischen Recht bis zur Kodifikationszeit

Der folgende erste größere Abschnitt trägt Grundlagen für die spätere Problemanalyse des geltenden österreichischen Rechts und die mögliche Behebung solcher Defizite im Rahmen allfälliger künftiger Reformen zusammen. Die inhaltliche Ausrichtung der Untersuchung orientiert sich demgemäß an der Schwerpunktsetzung dieser späteren Kapitel. Die Zweigliederung in einen römisch-gemeinrechtlichen ersten Teil und einen zweiten zu Entwicklungen der Kodifikationszeit verfolgt dabei nicht nur Zwecke einer zeitlichen Eingrenzung. Sie hat auch einen inhaltlichen Hintergrund, da sich die zentralen rechtspolitischen und konzeptionellen Entscheidungen der Kodifikationsära, namentlich die strikte Verwirklichung des Faustpfandprinzips, als Reaktionen zum viel liberaleren Pfandrechtsmodell des römischen Rechts darstellen. Noch in der Kodifikationszeit selbst stellen sich wiederum erste Gegenreaktionen ein.

A. Vom römischen Recht zum ius commune

1. Vorbemerkungen zur Schwerpunktsetzung

Der im Folgenden gegebene Überblick konzentriert sich auf die Besicherung durch **Pfandrecht und Sicherungseigentum** *(fiducia cum creditore contracta).* Beide standen im römischen Recht bereits in entwickelter Form zur Verfügung. Zu beiden Rechtsinstituten nehmen hier auch Entwicklungslinien ihren Ausgang, die im geltenden österreichischen Recht zentrale Problemfelder markieren und deren Ausrichtung zu den zentralen Weichenstellungen künftiger Entwicklungen im Mobiliarsicherungsrecht zählt.

Hingegen wird von der **Sicherungszession** als zweite heute praktisch bedeutsame Form der Kreditbesicherung durch Vollrechtsübertragung vorläufig nicht zu handeln sein. Dem klassischen wie dem justinianischen Recht war nämlich die Abtretung einer Forderung im Sinne eines endgültigen Ausscheidens derselben aus dem Vermögen des ursprünglichen Gläubigers schon im Grundsatz fremd. Man bediente sich schuldrechtlicher Hilfskonstruktionen (zB einer unwiderruflichen Vollmacht zur Einziehung), schuf im Laufe der Zeit ein selbständiges Klagerecht des »Zessionars« gegen den Schuldner im Wege einer *actio utilis*

etc.[34] Zur Kreditbesicherung war eine Pfandrechtsbegründung an Forderungen anerkannt, die Vorstellung einer Sicherungszession im heutigen Sinne dem römischen Recht dagegen noch fremd.[35]

Auch der **Eigentumsvorbehalt** kann vorläufig beiseite stehen. In seiner heutigen Ausformung hat ihn das römische Recht wohl nicht gekannt. Zwar sind funktional mehr oder weniger ähnliche Lösungen bezeugt;[36] so konnte beim Kauf insbesondere ein Rücktrittsvorbehalt für den Fall vereinbart werden, dass der Käufer nicht rechtzeitig zahlt (sog *lex commissoria).* Auch wird einem solchen Rücktritt, der im Gegensatz zu dem im deutschen Rechtskreis heute vorherrschenden Konzept der aufschiebend bedingten Verfügung als auflösende Bedingung konzipiert war, im jüngeren Schrifttum durchaus wieder verstärkt eine »dingliche Wirkung« in dem Sinne zugebilligt, dass das Eigentumsrecht am Kaufgegenstand automatisch an den Verkäufer zurückfällt, ohne dass auf Grundlage eines bloß schuldrechtlichen Rückgewähranspruchs eine Rückübertragung vorzunehmen wäre.[37] Doch ist genau diese die Literatur beherrschende Streitfrage – dingliche

34 Siehe etwa *Kaser,* Das Römische Privatrecht II² (1975) 451 ff; *Zwalve/Sirks,* Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte – Einführung und Sachenrecht (2012) 412 f. Das nachklassische Recht des Westens mag anders als die Klassik die Abtretbarkeit von Forderungen angenommen haben *(Kaser* aaO 452). Die für die spätere Rechtsentwicklung maßgebliche nachklassische östliche Doktrin ging jedenfalls nicht wesentlich über die klassischen Ansätze hinaus *(Kaser* aaO).

35 Gewichtige Teile der gemeinrechtlichen Literatur haben dies freilich anders gesehen: Eine von *Dernburg,* Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I (1860) 461 ff begründete Lehre, die das römische Forderungspfandrecht in die Nähe einer sicherungsweisen Forderungsabtretung rückt (Nachweise zu verschiedenen Spielarten dieser Lehre bei *Windscheid/Kipp,* Lehrbuch des Pandektenrechts I⁹ [1906] 1216 f FN 10), scheint heute allerdings überholt. Ausführlich gegen diese Deutung *Kaser,* Zum ›pignus nominis‹, Iura 20 (1969) 172 (173 ff); dem folgend etwa *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht⁴ (1997) 210.

36 Überblick etwa bei *Misera,* Zum Eigentumsvorbehalt im klassischen römischen Recht, in FS Serick (1992) 275; *Maaß,* Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert (2000) 35 ff. Vgl ferner etwa *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht⁴ 163 mit Hinweis auf zumindest wirtschaftlich vergleichbare Lösungen dahingehend, dass der Käufer bis zur Zahlung des Kaufpreises die Stellung eines Mieters oder Prekaristen, manchmal eines Pfandschuldners, eingenommen habe. Zur prekaristischen Überlassung in Ulpian D 43, 26, 20 näher *Meinhart,* Dogmengeschichte und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt, ZSSt RomAbt 105 (1988) 729; *Maaß* aaO 52 ff.

37 In diesem Sinne die ausführliche Untersuchung von *Peters,* Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts (1973) 50 ff (zur *lex commissoria* im Allgemeinen) und 164 ff (zur dinglichen Wirkung); kurz vorher auch schon *Wesel,* Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, ZSSt RomAbt 86 (1968) 94. Überblick zur in der Frage der dinglichen Wirkung durchwegs gegenteiligen Literatur der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bei *Wesel* aaO 95; daraus namentlich *Wieacker,* Lex commissoria – Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht (1932) insb 45 ff; vgl nun auch wieder *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 44 ff. – Die hier angesprochene, als *lex commissoria* bezeichnete Abrede beim Kaufvertrag ist im Übrigen nicht zu verwechseln mit der gleichnamigen, durch Kaiser Konstantin im Jahre 320 n Chr verbotenen Verfallsabrede bei der Verpfändung (vgl etwa *Peters* aaO 52 ff); zu Letzterer unten II.A.6. unter 2.

Wirkung oder nicht – für die Zwecke der vorliegenden Arbeit völlig unergiebig: Inzwischen steht die dingliche Sicherung beim Eigentumsvorbehalt ja außer Frage; die heute bestehenden und künftig zu lösenden Probleme dieses Sicherungsinstruments liegen eindeutig anderswo.[38] Ähnliches gilt für den Satz des justinianischen Rechts, wonach beim Kauf, sofern der Kaufpreis nicht kreditiert wurde *(fidem sequi),* schon quasi von Gesetzes wegen Eigentum erst dann übergehen soll, wenn der Kaufpreis bezahlt oder sichergestellt ist (Inst 2, 1, 41).[39]

Für Pfandrecht und Sicherungseigentum werden in Hinblick auf die Untersuchungsziele der vorliegenden Arbeit, ausgehend von Defiziten des österreichischen Mobiliarsicherungsrechts sowie der diesbezüglichen Regelungen anderer europäischer Rechtsordnungen Chancen und Risiken einer möglichen künftigen Entwicklung in Richtung eines *notice filing*-Systems nach dem Modell von Buch IX DCFR zu bewerten, zum römischen und gemeinen Recht vornehmlich folgende **Fragen** näher interessieren: Welche Rechtsformen dinglicher Sicherheiten standen zur Verfügung, durch welche Vorzüge zeichneten sie sich gegenüber der jeweiligen Alternative allenfalls aus, welche spezifischen Risiken waren ihnen umgekehrt immanent und welche Gründe führten allenfalls zu ihrem (vorläufigen) Verschwinden? Welcher Stellenwert kam der Publizität bei den einzelnen Sicherungsmitteln zu; dies vor allem auch in Hinblick auf die praktische Möglichkeit, bestimmte Kategorien von Vermögenswerten überhaupt für Sicherungszwecke zu verwenden? War die Begründung von Sicherungsrechten an Sachgesamtheiten bzw überhaupt am gesamten Vermögen des Sicherungsgebers möglich (oder stand dem etwa ein Prinzip der »Spezialität« entgegen), in welchem Ausmaß und warum wurde bejahendenfalls hiervon Gebrauch gemacht und haben sich hieraus spezifische Nachteile oder Gefahren ergeben? Etwas untergeordnet interessieren auch die Entwicklung tragender Grundsätze wie jenes der Akzessorietät, etwa in Zusammenhang mit der Besicherung künftiger Forderungen, sowie Grundzüge der Verwertung bestellter Sicherheiten (namentlich in Hinblick auf vorgeschlagene Lockerungen im DCFR, etwa die Befugnis zur Verwertung durch Aneignung des Sicherungsguts[40]).

---

38 Vgl zur Frage der Gleichbehandlung mit anderen dinglichen Sicherheiten in Bezug auf Publizitätspflichten und weitere Rechtswirkungen unten III.D.1. (zum österreichischen Recht) und V.B.3. bzw V.E. (zum DCFR) sowie zum Problembereich der »Bestandsfestigkeit« der durch Eigentumsvorbehalt begründeten Sicherheit in Fällen der Verarbeitung oder des Weiterverkaufs von Vorbehaltsgut, bei dem die Rechtsordnungen Europas große Unterschiede aufweisen, unten III.D.3. (zum österreichischen Recht), in den Darstellungen ausgewählter weiterer europäischer Rechtsordnungen in Kapitel IV sowie unter V.F. (zum DCFR).

39 Die Institutionen berufen sich dabei auf die Zwölftafeln und das *ius gentium,* was die Frage aufwirft, inwieweit dem zitierten Rechtssatz vor Justinian Geltung zukam. Nw zum Diskussionsstand jüngst bei *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg), HKK BGB III/1 (2013) § 449 Rn 2; siehe ferner etwa *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 35 ff.

40 Zur *appropriation* siehe namentlich IX.–7:207(1)(c) und IX.–7:216 DCFR.

Eines aber noch zur Orientierung vorweg: Nach überwiegender Ansicht war den Römern letztlich die Bürgschaft im Vergleich zu den dinglichen Sicherheiten stets die vorzugswürdigere Form der Besicherung; denn »sie fügt der materiellen eine moralische Gewähr hinzu, da unzuverlässige Personen nicht leicht gute Bürgen finden«.[41]

2. Rechtsformen: Pfandrecht und Sicherungsübereignung

Vergleichbar mit dem geltenden deutschen und österreichischen Recht kannte das römische Mobiliarsachenrecht als Mittel dinglicher Kreditbesicherung seit Frühzeiten sowohl das Pfandrecht *(pignus)* als beschränktes dingliches Recht als auch eine Vollrechtsübertragung zu Sicherungszwecken, die Sicherungsübereignung in Form der *fiducia cum creditore contracta.* Nach manchen war die *fiducia cum creditore contracta* sogar die ältere Form.[42] In groben Zügen entsprechen die beiden Sicherungsinstrumente in vielem ihren jeweiligen Pendants im geltenden Recht. Einzelheiten müssen hier nicht flächendeckend nachgezeichnet werden; so hat sich etwa für das Pfandrecht schon im Lauf der Republik ein Prinzip der Akzessorietät herausgebildet und war das Pfandrecht somit an den Bestand der zu sichernden Forderung gebunden, hat sich – wenn auch offenbar nur zögernd – die Möglichkeit einer mehrfachen Verpfändung derselben Sache durchgesetzt und galt für das Rangverhältnis mehrerer Pfandgläubiger untereinander im Grundsatz die auch heute noch maßgebliche Regel *prior tempore potior iure.*[43] Bei der *fiducia cum creditore contracta* erwarb der Gläubiger das Sicherungsgut zu Eigentum, freilich mit der im *pactum fiduciae* begründeten Verpflichtung im Innenverhältnis, die Sache bei Tilgung oder anderweitigem Erlöschen der besicherten Schuld dem Sicherungsgeber zurückzuübereignen und sie in der Zwischenzeit weder zu beeinträchtigen noch weiterzuveräußern. Tat er Letzteres dennoch, verfügte der Gläubiger als Eigentümer; der Dritte erwarb wirksam. Wurde die Schuld

41 So *Dernburg,* Pandekten I[7] (1902) 641. Vgl auch *Kaser,* Das Römische Privatrecht I[2] (1971) 457; *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht[4] 195; *Hromadka,* Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert (1971) 49. Kritik an der hA allerdings in jüngerer Zeit bei *Krämer,* Das besitzlose Pfandrecht (2007) 2 ff.

42 In diesem Sinne *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 403 f; zweifelnd *Kaser,* Studien zum Römischen Pfandrecht (1982) 255; *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht[4] halten die Frage für offen. *Dernburg,* Pfandrecht I 47 nimmt an, das Faustpfand sei zwar uralt, von einer Ebenbürtigkeit mit dem zivilrechtlichen Institut der *fiducia* habe aber für die alte Zeit nicht die Rede sein können. Für die Zwölftafelzeit nimmt er die Existenz sowohl des Faustpfands als auch der *fiducia* an, nicht aber der Hypothek; siehe *Dernburg,* Pfandrecht I 53 f; vgl auch *Apathy,* Die Treuhandschaft aus rechtshistorischer Sicht, in *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandschaft (1995) 1 (9) mwN.

43 Für Näheres siehe etwa den kompakten Überblick bei *Kaser,* Römisches Privatrecht I[2] 457 ff; ausführlich und auch heute noch lesenswert insbesondere *Dernburg,* Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts (zwei Bände: I 1860, II 1864).

bei Fälligkeit nicht getilgt, blieb die Sache in früherer Zeit dem Gläubiger – dem sie bereits übereignet war – verfallen; später war dieser nur mehr zur Verwertung durch Verkauf berechtigt und musste einen etwaigen Überschuss *(superfluum)* dem Fiduzianten herausgeben.[44] All dies entspricht in wesentlichen Grundzügen der heutigen treuhändigen Sicherungsübereignung.

Das Mobiliarpfandrecht hat als Sicherungstypus bis heute fortbestanden. Die für die vorliegende Untersuchung zentralen Aspekte namentlich der Möglichkeit einer publizitätslosen Pfandbestellung sowie der Einräumung von Generalhypotheken werden in den nachfolgenden Abschnitten noch gesondert herausgegriffen.

Dagegen ist die Entwicklung bei der Sicherungsübereignung nicht linear verlaufen. Die *fiducia cum creditore contracta* ist mit der Zeit außer Gebrauch geraten und in Justinians Corpus Iuris im Jahre 531 endgültig getilgt worden. Im Ergebnis entspricht dies dem geltenden Recht einiger EU-Mitgliedstaaten, insbesondere jenem der Niederlande,[45] was die Frage nach den für diese Entwicklungen maßgebenden Gründen aufwirft. Für das römische Recht werden im heutigen Schrifttum insbesondere drei Gründe genannt. Der erste ist eher formal-rechtstechnischer Natur: Die Sicherungsübereignung zur Begründung der *fiducia cum creditore contracta* musste durch *mancipatio* oder *in iure cessio* vorgenommen werden.[46] Diese förmlichen Rechtsgeschäfte sind im praktischen Rechtsleben allmählich verschwunden, das Absterben der *fiducia* erscheint als fast logische Begleiterscheinung.[47] Mit der Beseitigung der *mancipatio* und *in iure cessio* als Formen der Eigentumsübertragung durch Justinian (C 7, 31, 1, 5) war das Schicksal der *fiducia* dann über Jahrhunderte hinaus besiegelt. Zweitens werden inhaltliche Gründe – konkret Schuldnerschutzerwägungen – geltend gemacht, die die Sicherungstreuhand als ungünstig erscheinen lassen: Die Vollrechtsübertragung eröffne die

44 Eingehenderer Überblick bei *Apathy* in *Apathy,* Treuhandschaft 1 (7 ff) mwN; *Kaser,* Römisches Privatrecht I² 460 ff; *Krämer,* Pfandrecht 13 ff; näher *Noordraven,* Die Fiduzia im Römischen Recht (1999) insb 35 ff, 64 f, 186 ff, 231 ff; vgl ferner *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 403 ff. Zu Parallelen bzw verbliebenen Unterschieden zwischen Pfand und *fiducia* allg *Kaser,* Studien 107 ff.

45 Zum *fiducia*-Verbot im geltenden niederländischen Recht siehe unten IV.B.2.; in der dortigen Einleitung auch Hinweis auf eine im Ergebnis ähnliche Regelung im neuen ungarischen Zivilgesetzbuch. Das französische Recht hat seine ablehnende Haltung gegen Sicherungsrechte in Form einer Eigentumsübertragung erst in jüngster Zeit überwunden; hierzu unten IV.C.3.

46 Vgl etwa *Apathy* in *Apathy,* Treuhandschaft 1 (7); *Hromadka,* Faustpfandprinzip 12 ff. Zu den dabei zu beobachtenden Förmlichkeiten noch unten II.A.3. unter 1.

47 Über den Zeitpunkt bestehen unterschiedliche Vermutungen. *Kaser* meint, die *fiducia* sei gemeinsam mit der *mancipatio* und *in iure cessio* bereits am Beginn der nachklassischen Periode verschwunden *(Kaser,* Römisches Privatrecht II² 313). *Dernburg* wähnt die *fiducia* im Westen auch noch um das Jahr 400 n Chr in Gebrauch; im Osten habe sie nie richtig Fuß gefasst *(Dernburg,* Pfandrecht I 93 ff). Näher auch *Levy,* Weströmisches Vulgarrecht – Das Obligationenrecht (1956) 182 ff.

Gefahr, dass der Gläubiger sein treuhändisches Eigentum missbraucht,[48] bzw habe die Sicherungsübereignung aus den gleichen Gründen bedenklich erscheinen lassen, die auch das Verbot der *lex commissoria* (Verfallspfand)[49] veranlasst hatte: Das mögliche Missverhältnis zwischen Forderungswert und Wert des Sicherungsobjekts mochte hier und dort gleichermaßen zu unbilliger Ausbeutung des Schuldners führen.[50] Zuletzt bestand wohl insbesondere auch kein praktisches Bedürfnis mehr an diesem in seiner Errichtung zwar stark formalisierten, aber immerhin ohne Besitzaufgabe begründbaren Sicherungsinstrument; war doch inzwischen auch die besitzlose Begründung von Pfandrechten möglich und üblich geworden[51] (näher im nachfolgenden Kapitel[52]).

Im deutschen Recht, das insoweit für eine Reihe anderer europäischer Rechtsordnungen quasi Pionierarbeit leistete, hat sich die Sicherungsübereignung heutigen Zuschnitts erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts wieder durchgesetzt.[53] Das bedeutet indes nicht, dass das Pfandrecht über Jahrhunderte völlig alternativlos gewesen wäre: In der gemeinrechtlichen Kautelarpraxis hat man beispielsweise eine dingliche Sicherheit – offenbar verbreitet – dadurch zu schaffen gesucht, dass die als Sicherungsgut vorgesehene Sache unter Wiederverkaufsabrede *(pactum de retrovendendo)* an den Gläubiger verkauft wurde.[54] Die Idee ist freilich nicht neu: Der Verkauf auf Wiederkauf bzw die Vereinbarung einer Wiederverkaufsverpflichtung zum Zwecke dinglicher Kreditsicherung ist auch schon für das antike griechische Recht bezeugt.[55] Vom Hochmittelalter bis ins späte 19. Jahrhundert sollen der Verkauf mit Rückkaufsvorbehalt und ähnliche Konstruktionen benutzt worden sein, um unter anderem dem kanonischen Zinsverbot und der *lex commissoria* zu entgehen; ferner, um das Risiko des Vorrangs später begründeter, aber privilegierter Pfandrechte zu vermeiden und nicht am Konkurs des Schuldners teilnehmen

48 *Apathy* in *Apathy,* Treuhandschaft 1 (7); *Kaser,* Römisches Privatrecht II² 274 f, 312 f.

49 Hierzu noch näher unten II.A.6. unter 2.

50 So *Levy,* Vulgarrecht 184 f. Ergänzend verweist dieser auf die rechtstechnische Ungenauigkeit der »unbekümmerten Juristen« des westlichen Vulgarrechts, die *pignus* und *fiducia* idR in einen Topf werfen bzw als *fiducia* bezeichnen, was sie in der Sache als *pignus* ansehen *(Levy* aaO 182 ff).

51 *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 406, 409.

52 Siehe II.A.3.

53 Näher unten II.B.4.

54 Dingliche Wirkung verlieh man der Wiederverkaufsabrede dabei durch die Vereinbarung, dass dem »Verkäufer« (dh dem Sicherungsgeber) für die Verpflichtung zur Rückübertragung ein Generalpfand am Vermögen des Gläubiger-Käufers eingeräumt wurde, das auch Dritten gegenüber wirksam war; siehe *Coing,* Europäisches Privatrecht I (1985) 322 mwN.

55 Zum Recht Athens vor Solon siehe *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen I: Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend (1909) 8 ff. – Zu möglichen alternativen Formen besitzloser realer Kreditsicherung im römischen Recht (konkret: Kauf mit Ästimationsvorbehalt) im Übrigen *Kunkel,* Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts, ZSSt RomAbt 90 (1973) 150 (160 ff).

zu müssen etc.[56] Im späten 19. Jahrhundert hat man auf derartige Sicherungskaufgeschäfte zurückgegriffen, um dem Erfordernis der Gewahrsamsübertragung im Pfandrecht zu entgehen – in der Praxis der unmittelbare Vorläufer der modernen Sicherungsübereignung.[57] Die Vertragspraxis hat also zu allen Zeiten auf positivrechtliche Einschränkungen im Mobiliarsicherungsrecht »kreativ« reagiert und Auswege durch Nutzung alternativer, oft mehr oder weniger »zurechtgebogener« Rechtsformen gesucht, um funktional entsprechende Ergebnisse zu erzielen. Diese Beobachtung lässt sich wohl bereits an dieser Stelle verallgemeinern.

3. Begründung des Sicherungsrechts und Publizität

Zum Teil schon das klassische, jedenfalls aber das justinianische römische Recht und ebenso später das in Kontinentaleuropa rezipierte gemeine Recht der Mobiliarsicherheiten ist, soweit dies für die spätere Rechtsentwicklung von Bedeutung ist, von zwei hervorstechenden Wesenszügen geprägt: Mobiliarsicherheiten können erstens ohne Besitzübertragung an den Gläubiger bestellt (und aufrechterhalten) werden, zweitens ist die Begründung von Pfandrechten am gesamten gegenwärtigen und auch künftigen Vermögen (Generalhypothek) nicht nur möglich, sondern ein im Rechtsleben augenscheinlich häufiges Phänomen. Als drittes Charakteristikum tritt hinzu eine geradezu wuchernde Vielfalt an gesetzlichen (Spezial- und General-)Pfandrechten, zum Teil ausgestattet mit besonderen Rangprivilegien, was in Summe erhebliche Rechtsunsicherheit im Pfandwesen bedeutet hat.[58] Der zuletzt angesprochene Aspekt tritt allerdings jedenfalls in den Ländern des deutschen Sprachraums ab dem Kodifikationszeitalter in den Hintergrund; er wird daher in der Folge nur kurz Erwähnung finden. Die beiden erstgenannten Gesichtspunkte verdienen hingegen nähere Beachtung. Das vorliegende Kapitel widmet sich demgemäß dem Fragenkreis, inwieweit für Begründung und Fortbestand eines Mobiliarsicherungsrechts dieses sinnfällig nach außen treten muss. Die Erörterung bezieht sich auf Pfandrecht und Sicherungseigentum (soweit noch existent) gleichermaßen.

Zunächst kann kurz festgehalten werden, dass das, was man heute als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft zur Bestellung der dinglichen Sicherheit bzw als Vereinbarung von Nebenabreden bezeichnen würde (Pfandbestellungsvertrag, Sicherungsabrede), im römischen Recht formfrei geschlossen werden konnte.

---

56 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 147 f. Dort 149 ff auch zum typischen Argument, mit dem man derartigen Transaktionen beizukommen versucht hat: der Annahme eines Scheingeschäfts.

57 Siehe unten II.B.4.

58 Für einen ersten Überblick vgl vorläufig bloß *Zwalve,* A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 38.

Dies trifft auf die *conventio pignoris* bei der Pfandbestellung ebenso zu wie auf das *pactum fiduciae.*[59] Näher interessiert aber natürlich die Frage, ob bzw in welcher Form die unmittelbare Rechtsbegründung selbst eines Publizitätsakts im weitesten Sinne bedurft hat.

1. Diese Frage ist zunächst für die **Sicherungsübereignung** aufzugreifen. Ursprünglich hat auch diese die Hingabe der Sache in den Besitz des Gläubigers erfordert, wovon aber offenbar schon in relativ früher Zeit abgesehen wurde, wenn der Sicherungsgeber auf die Nutzung des Sicherungsguts angewiesen war.[60] Die für die Begründung der *fiducia* erforderlichen förmlichen Rechtsgeschäfte, Manzipation und *in iure cessio,* setzten für sich eine Besitzüberlassung jedenfalls nicht voraus. Dieser Umstand und die damit eröffnete Sachnutzungsmöglichkeit konnte aus Schuldnersicht schon früh als praktischer Vorteil dieser Sicherungsform gelten.[61] Dennoch wäre es wohl verkürzt, die *fiducia cum creditore contracta* in ihrer entwickelten Form als gänzlich publizitätsloses Sicherungsinstrument zu begreifen. Denn jedenfalls der notwendig formgebundene Begründungsakt sorgte dafür, dass die Tatsache der Belastung des Vermögens bzw eines Vermögenswerts gerade nicht verheimlicht, sondern offen kundgetan wurde und dem sozialen Umfeld der Parteien damit typischerweise sinnfällig geworden sein wird. So erforderte die – von vornherein römischen Bürgern vorbehaltene – *mancipatio* die Beiziehung von mindestens fünf Zeugen, die ihrerseits römische Bürger, mündig und zu dem Akt geladen sein mussten, sowie eines Waagehalters *(libripens).* Die Übertragung durch *in iure cessio* – ihrerseits einem altertümlichen Zivilprozess nachgeformt – war vor dem Gerichtsmagistrat, dem Prätor, zu vollziehen.[62] Waren die von der Rechtsbegründung potentiell betroffenen Verkehrskreise einigermaßen geschlossen und zahlenmäßig noch relativ gering, kann einem derartigen Akt in einer auf Öffentlichkeit des Handelns bedachten Gesellschaft durchaus ein erheblicher Kundbarkeitswert zukommen.[63] Man könnte in diesem Zusammenhang von – zumindest in gewissem Grade verwirklichter – »Abschluss-« oder vielleicht

59 Siehe etwa *Kaser,* Studien 2 und (zur *conventio pignoris)* 155 ff.

60 *Kaser,* Studien 111 mwN; erwähnt wird die Rücküberlassung gegen Entgelt durch *conductio* oder unentgeltlich als *precarium.* Ausführlicher zu möglichen wirtschaftlichen Hintergründen der praktischen Verbreitung der *fiducia cum creditore contracta* ohne Besitzübertragung *Noordraven,* Fiduzia 7 f.

61 Vgl etwa *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 405.

62 Vgl etwa *Kaser,* Römisches Privatrecht I² 41 ff, 48 f. Dass die förmlichen Begründungsakte der *fiducia* (zusammen mit ihrer Bedingungsfeindlichkeit) ein vergleichbar hohes Maß an Offenkundigkeit und damit Rechtssicherheit bewirkt haben, betont auch *Krämer,* Pfandrecht 365 f.

63 Vgl spiegelbildlich die Beobachtung bei *Dernburg,* Pfandrecht I 66, der letztlich einsetzende Siegeszug des besitzlosen Pfandrechts sei durch eine steigende Abneigung gegen die *fiducia* mitbegründet, gerade weil diese die Kredit und Reputation schädigende Tatsache dringenden Liquiditätsbedarfs »aller Welt kund that[en]«, und gehe einher mit einer allgemeinen rechtlichen Entwicklung hin zur »Heimlichkeit« anstelle der früher bestehenden Öffentlichkeit.

besser »Errichtungspublizität« sprechen. Hieraus mag sich sogar zweitens eine gewisse »Bestandspublizität« im Sinne zeitlich fortbestehender Bekanntheit der Belastung ergeben haben, wobei das Erinnerungsvermögen der beteiligten Verkehrskreise quasi die Funktion eines Publizitätsmediums zu übernehmen hätte. Spätestens mit wachsender Zunahme der Bevölkerung, Erweiterung der Handelsbeziehungen und zunehmender Komplexität des Wirtschaftsverkehrs verliert der zuletzt angesprochene Aspekt allerdings jegliche nennenswerte Praktikabilität. Die Frage, ob für das römische Mobiliarsicherungsrecht eine solche – wie immer im Detail zu bewerkstelligende – Erkennbarkeit der erfolgten Sicherungsbestellung für Dritte überhaupt von Bedeutung war, könnte freilich schon ganz allgemein zu verneinen sein.[64]

2. Auch das **Pfandrecht** *(pignus)* wurde nach ganz hA ursprünglich durch Übertragung physischen Besitzes an den Pfandgläubiger begründet. Doch hat man es schließlich als hiermit vereinbar angesehen, die Gewahrsame am Pfandobjekt durch Vereinbarung eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Pfandbesteller zu belassen, und zwar in der Regel als Prekarium (unentgeltlich) oder, sofern hierfür ein Entgelt geschuldet sein sollte, als Miete *(locatio conductio).* Schon zur Zeit Ulpians war die Begründung von Mobiliarpfandrechten durch ein solches Besitzkonstitut offenbar »täglicher Brauch«.[65] Letztlich genügte zur Verpfändung, da Sachübergabe nicht mehr erforderlich war, die formlose Willenseinigung über die *conventio pignoris,* der damit auch der Charakter einer sachenrechtlichen Verfügung zukommt.[66] Für das besitzlose Pfandrecht – und zwar an unbeweglichen wie an beweglichen Sachen gleichermaßen[67] – bürgert sich verbreitet der aus dem griechischen Recht[68] entlehnte Begriff *hypotheca* ein. Die Bezeichnung »Hypothek« als Synonym für das besitzlose Pfand hat sich über das gemeine Recht bis ins heutige Schrifttum erhalten; das Wort *pignus* nimmt dann oft die Funktion eines Gegenbegriffs ein und wird im Sinne von »Besitz- bzw Faustpfand« gebraucht.[69] Doch hat namentlich *Kaser* darauf hingewiesen, dass das Besitzpfand

64 Hierzu am Ende des folgenden Abschnitts 2.

65 *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 408 f mit Verweis auf Ulpian D 43, 26, 6, 4. Näher etwa *Kaser,* Studien 5 ff, 111 f, 133, 168 ff, 222 ff; *Hromadka,* Faustpfandprinzip 16 ff; zur frühen Entwicklung siehe ferner *Kunkel,* ZSSt RomAbt 90 (1973) 150 (151 ff); *Braukmann,* Pignus (2008) 26 ff. – AA in jüngerer Zeit *Schanbacher,* Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts, ZSSt RomAbt 123 (2006) 49: Rezeption griechischen Rechts, von Anfang an auch besitzlose Pfandrechtsbegründung möglich.

66 *Kaser,* Studien 155 ff, 222.

67 Vgl *Dernburg,* Pandekten I⁷ 643; *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 407; *Krämer,* Pfandrecht 25.

68 Einführung ins athenische Vertragspfandrecht bei *Dernburg,* Pfandrecht I 68 ff; eingehend *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen I 7 ff.

69 Vgl etwa *Dernburg,* Pandekten I⁷ 642 f; *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 407 und passim. Vgl auch *Braukmann,* Pignus 56 ff, der allerdings eine sukzessive Nivellierung der beiden Typen annimmt.

stets Regeltypus geblieben und die Hypothek zu keiner Zeit zu einem dogmatisch verselbständigten Rechtstypus entwickelt worden ist.[70]

Was aber waren die wirtschaftlichen (oder sonstigen) **Gründe**, die diese Entwicklung vom Besitzpfand hin zum besitzlosen Pfandrecht, zur Mobiliarhypothek, ausgelöst haben? Am Anfang stand – aus heutiger Sicht ein Nebenschauplatz – ganz offensichtlich das Bedürfnis von Vermietern und Verpächtern nach Sicherung ihrer Bestandzinsforderungen:[71] Wohnraum wurde in Rom zunächst wohl kaum an römische Bürger, wohl aber an die seit dem Wachsen der Stadt mehr und mehr anschwellende Klasse der Peregrinen vermietet, deren Aufenthalt in der Stadt oft nur ein vorübergehender war. Dass sich ein solcher Mieter ohne Tilgung seiner Mietzinsschulden aus der römischen Jurisdiktion entfernen könnte, war für den Vermieter wohl ein reales Risiko, Sicherung durch Bürgenstellung für den Mieter hingegen in der Fremde nicht leicht zu bewerkstelligen. Pfandsicherung lag daher als Ausweg grundsätzlich nahe. Allerdings kam Pfandbegründung durch Übergabe des Wohnungsmobiliars für den hierauf angewiesenen Mieter – und häufig wohl auch für den Vermieter – praktisch nicht in Frage; ja auch die Einräumung bloß mittelbaren Besitzes mit Vereinbarung der Rücküberlassung im Wege eines Prekariums wird den Interessen des Mieters nicht entsprochen haben, hätte er doch dem Hauseigentümer seine Einrichtung nach dessen Willkür herausgeben müssen. Verpfändung durch formlose Vereinbarung erschien unter solchen Umständen als vielleicht einzige praktikable Lösung und bot dem Vermieter offenbar regelmäßig auch ausreichende Sicherheit, indem er den Mieter am Wegzug mitsamt seinen eingebrachten Sachen (Illaten) hindern konnte, bis dieser den Mietzins beglichen hatte. Was sich bei der Miete bewährt hat, scheint dann auf den (Liegenschafts-)Pachtvertrag übertragen worden zu sein;[72] anhand dieses Rechtsverhältnisses hat sich in weiterer Folge die rechtliche Ausformung des besitzlosen Mobiliarpfands im Wesentlichen vollzogen. Die Ausgangslage war jener bei der Wohnungsmiete vergleichbar: Auch der Colone hatte meist nichts als sein Inventar, war auf dieses zur Bewirtschaftung angewiesen und evident daran interessiert, dass ihm dieses nicht willkürlich entzogen werden konnte. Mit der Vereinbarung eines besitzlosen Pfands am eingebrachten Inventar war dem

70 *Kaser,* Studien 111 f und insb 128 ff, 214 f; vgl auch *Manigk,* »Hypotheca« in Paulys Realencyclopädie IX/1 (1914) Sp 348 ff. Zum Verhältnis der beiden Begriffe im Übrigen *Krämer,* Pfandrecht 27 ff.

71 Das Folgende nach *Dernburg,* Pfandrecht I 57 ff; eingehend ferner *Kaser,* Studien 137 ff; zu frühen Entwicklungen nun insbesondere *Krämer,* Pfandrecht 143 ff. Vgl ferner *Knütel,* Aus den Anfängen des Vermieterpfandrechts, in FS Gerhardt (2004) 457; *Kunkel,* ZSSt RomAbt 90 (1973) 150 (151 ff).

72 So die zeitliche Abfolge bei *Dernburg,* Pfandrecht I 55 f. Ob dies zutrifft, oder ob nicht vielmehr das Landpachtverhältnis Ausgangspunkt der Entwicklung war, wie wohl sonst häufig angenommen wird (vgl etwa *Knütel* in FS Gerhardt 457 [459]: Übergreifen auf die Raummiete), kann für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung dahinstehen.

Verpächter letztlich relativ gut gedient. Bezeichnenderweise sind es in Rom also nicht Kaufleute oder Geldkreditgeber, sondern die Grundeigentümer gewesen, die ihr Sicherungsinteresse durchzusetzen wussten. Was folgte, ist die schrittweise Anerkennung von Rechtsschutzinstrumenten, die dem Bestandgeber-Gläubiger funktional Ersatz für jene Position vermittelten, die er bei Einräumung eines Besitzpfandes gehabt hätte: Mit einem prohibitorischen *interdictum Salvianum* untersagt der Prätor dem Beklagten (dem Pächter, später wohl auch einem dritten Sachbesitzer), den Verpächter am Zugriff auf die eingebrachten und von der Verpfändung erfassten Sache zu hindern. Der Schutz wird sodann erweitert durch die *actio Serviana* als dingliche Pfandklage, die eine Sachverfolgung auch gegen einen dritten Erwerber ermöglicht, dem der Pächter pfandverfangene Gegenstände verkauft und bereits übergeben hat. Damit wird dem – gerade bei Verpachtung entlegenerer Landgüter wohl virulenten – Risiko Rechnung getragen, dass der Pächter vom Pfandrecht belastete Gegenstände bereits weggebracht hat, bevor der Verpächter reagieren kann.

Das Modell machte Schule. Zunächst nach *Dernburg* in Verhältnissen, in welchen ein normales (Besitz-)Pfand ohnehin nicht denkbar war, etwa bei Verpfändung von Schiff oder Ladung beim Seedarlehen. Dann mehr und mehr auch in Fällen, in denen an sich auch die *fiducia* zur Verfügung gestanden hätte, die formlose Hypothekenbestellung für die Parteien aber schlicht bequemer schien. Die Prätoren reagierten und schützten letztlich mit einer *actio quasi Serviana* Pfandgläubiger jeglicher Art. Die allgemeine Klagbarkeit auch des aufgrund »nackten Pfandvertrags« begründeten besitzlosen Mobiliarpfandrechts war endgültig gesichert.[73]

Dann drängt sich aber, jedenfalls aus heutiger Perspektive, die Frage auf, ob nicht die **Preisgabe jeglicher »Publizität«** das römische Mobiliarsicherungsrecht vor ganz erhebliche praktische Probleme stellen musste. In der Tat wird die letztlich eröffnete völlige Publizitätslosigkeit häufig als einer seiner zentralen Schwachpunkte bezeichnet.[74] Es mangelt auch nicht an Erklärungsversuchen, warum es dennoch hierzu gekommen ist.[75] Dagegen hat *Hromadka* die

73 Siehe *Dernburg,* Pfandrecht I 62 f.

74 Vgl allgemein *Kaser,* Römisches Privatrecht I² 457 f; *Zwalve* in *Kieninger,* Security Rights 38 (43); *Dernburg,* Pfandrecht I 63.

75 *Dernburg* (Pfandrecht I 63 ff, insb 66) etwa vermutet die allgemeine ökonomische Zerrüttung infolge der Verwüstungen durch den 2. Punischen Krieg (218–201 v Chr) als Anstoß zur breiten Rezeption der Hypothek. Motor war nach dieser Hypothese allerdings die Liegenschafts-, nicht die Mobiliarhypothek: Mit der Notwendigkeit für viele vornehme und begüterte Grundeigentümer, sich Kapital zu verschaffen, sei eine steigende Abneigung gegen Formen der *fiducia* entstanden, »welche das unwillkommene Factum, das den Credit und die Reputation aufs tiefste erschüttern musste, aller Welt kund thaten. Auch in anderen Theilen des Privatrechts machten sich in jener Epoche verwandte Einflüsse geltend, Heimlichkeit trat an die Stelle der früher bestehenden Öffentlichkeit …« *(Dernburg* aaO 66). Großen Anteil an der allgemeinen

These aufgestellt, dass es dem römischen Recht zu keiner Zeit um Publizität der Mobiliarsicherungsrechte im Sinne einer Offenkundigkeit bzw Erkennbarkeit deren Bestands für »Dritte« gegangen sei. Er begründet dies mit einer Analyse der Funktion(en) des Besitzes für das römische Pfand- bzw Mobiliarsicherungsrecht:[76] Danach sei dem Besitz im römischen Pfandrecht immer nur eine einzige Aufgabe zugekommen, und zwar der **Schutz des** berechtigten **Pfandgläubigers**. Ursprünglich sei wohl die Schaffung einer rein faktischen Sicherheit im Vordergrund gestanden, das Bewirken einer Drucksituation, um den Schuldner zur Zahlung anzuhalten. Daneben ersparte der bereits erlangte Besitz am Pfandobjekt dem Gläubiger die Mühen einer ansonsten einzuleitenden gerichtlichen Rechtsverfolgung mit anschließender Zwangsvollstreckung. Schließlich schützte der Besitz vor Beschädigung, Zerstörung und Wegschaffung der Pfandsache durch den Schuldner.[77] Auch wenn sie sich offenbar nicht unmittelbar auf eine derartige Zwecksetzung offenlegendes Quellenmaterial zu stützen vermag, erscheint *Hromadkas* Hypothese letztlich durchaus plausibel. Er weist nämlich darauf hin, dass all die genannten Funktionen des Besitzes – aber eben auch nur diese – im Zuge des Abschieds vom Besitzverschaffungserfordernis durch »Ersatzinstitute« übernommen worden seien. So standen, wenn der Pfandgläubiger sich zur Verwertung der Sicherheit gezwungen sah, anstelle des bereits begründeten Besitzes verschiedene Klagen auf Herausgabe der Pfandsache zur Verfügung; Gerichts- und Zwangsvollstreckungswesen seien inzwischen zu einem funktionsfähigen Rechtsschutzsystem gereift gewesen. Gegen Beschädigung, Zerstörung und Beiseiteschaffen des Pfandobjekts bestanden ebenfalls Klagemöglichkeiten, unter anderem mithilfe der *actio Serviana.* Daneben bestand in Form des *crimen stellionatus*[78] strafrechtlicher Schutz vor mutwilliger Verschlechterung und Wegschaffung der Pfandsache.[79] *Hromadkas* Ansatz liefert auch eine plausible Erklärung für den gerade aus Sicht des geltenden österreichischen Rechts[80] bemerkenswerten

Rezeption der Hypothek werde auch deren Anerkennung und starke Verbreitung in den griechischen Ländern gehabt haben *(Dernburg* aaO 67).

76 Siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip 20 ff, 184 f.

77 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 20 f. Vgl auch *Manigk,* »Hypotheca« in Paulys Realencyclopädie IX/1 Sp 349.

78 Der *stellionatus* bildete eine Art Sammeltatbestand für betrügerische Handlungen insbesondere in Zusammenhang mit Verkauf und Verpfändung, zB Doppelverkauf, Begründung eines zweiten Pfandrechts ohne Offenlegung der Existenz des ersten etc. Vgl *Pfaff,* »Stellionatus« in Paulys Realencyclopädie III A, 2 (1929) Sp 2326 ff.

79 Vgl Ulpian D 47, 20, 3, 1; *Hromadka,* Faustpfandprinzip 21.

80 Vgl die bekannte Kontroverse zur Rückstellung »unter Vorbehalt« iSd § 467 ABGB und hierzu etwa *P. Bydlinski,* Durchbrechungen des Publizitätsprinzips beim Mobiliarpfandrecht? ÖJZ 1986, 327 (330 ff); *Eicher,* Ausgewählte Probleme des Mobiliarpfandrechts (1999) 134 ff; sowie *Spitzer,* Zu Zweck, Wegfall und Wiederherstellung kreditsicherungsrechtlicher Publizität – Anmerkung anlässlich OGH 5 Ob 233/13w, JBl 2014, 556 (560 ff), jeweils mwN. Überblick unten III.A.1.d.

Umstand, dass auch bei Begründung eines Besitzpfands die Rückgabe der Sache an den Sicherungsgeber nicht zum Erlöschen des Pfandrechts führte: Wenn der Besitz nur dem Gläubiger dient, kann das Recht es diesem überlassen, ob er ein Faustpfand wählt oder sich von vornherein mit einer Hypothek begnügt; desgleichen, ob er bei zunächst bestelltem Faustpfand Wert auf ein Aufrechterhalten des ihm günstigen Besitzes legt.[81]

Hingegen war der **Schutz »Dritter**« nach Auffassung *Hromadkas* im römischen Recht nie Aufgabe bzw Funktion des Besitzes beim »Faustpfand«. Weder habe die dem Pfandgläubiger übertragene Gewahrsame bezweckt, einen allfälligen zweiten Pfandnehmer davor zu schützen, sein Pfandrecht an einer bereits belasteten Sache zu begründen, noch sei es darum gegangen, demjenigen, der die Sache vom Pfandbesteller erwerben wollte, Schutz vor dem Erwerb einer entwerteten Sache zu gewähren.[82] Dementsprechend bildeten sich, als der Besitz im Zuge des Aufkommens besitzloser Sicherheiten an Bedeutung verlor, insoweit auch keine »Ersatzinstitute« heraus: Sofortigen Gutglaubenserwerb (des Eigentumsrechts oder eines besseren Pfandrangs) gab es nicht; eine allenfalls drohende Ersitzung konnte der Pfandgläubiger, um dessen Schutz es stets ging, binnen einjähriger Frist verhindern.[83] Schließlich sei dem römischen Recht auch der Gedanke fremd gewesen, potentielle künftige nicht dinglich gesicherte Drittgläubiger vor einem Vertrauen in einen nicht vorhandenen Haftungsfonds zu schützen.[84] Dem entspricht es im Ergebnis, wenn *Krämer* am Ende seiner umfassenden Untersuchung zum besitzlosen Pfandrecht im (älteren) römischen Recht anmerkt, der Aspekt der Publizität sei in keiner der (zahlreichen) in seiner Arbeit analysierten Quellen thematisiert worden.[85] – Ob der Ansatz *Hromadkas* vollends zutrifft, kann (und braucht für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung) hier nicht endgültig beantwortet zu werden. Wesentlich ist allerdings der Hinweis auf die unterschiedlichen potentiellen Funktionen des Besitzes bzw möglicher alternativer »Publizitätsmittel« sowie auf die Bedeutung allenfalls an deren Stelle tretender »Ersatzinstitute«.

Die eben angesprochene Relativierung des Publizitätsaspekts soll freilich nicht den Eindruck vermitteln, dass der Bedeutungsverlust des Besitzes im römischen Mobiliarsicherheitensystem zu keinerlei problematischen Konsequenzen geführt hätte. Bei einigen offenkundig eingetretenen praktischen Problemen, wie

81 Vgl *Hromadka,* Faustpfandprinzip 21.

82 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 21 f. In etlichen Punkten ähnlich bereits *Leonhard,* Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhange über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium, Gruchot 25 (1881) 177 (200 ff, unter Bezug auf Parallelen bei der Veräußerung).

83 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 23.

84 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 24.

85 Siehe *Krämer,* Pfandrecht 366.

Schwierigkeiten bei der Prioritätsbestimmung[86] oder Versuchen betrügerischen Rückdatierens von Hypothekarbestellungen,[87] handelt es sich letztlich um Folgewirkungen der Besitzentkopplung, durch welche eine Mehrfachverpfändung ja erst praktikabel geworden ist. Allerdings treten hier zusätzliche Ursachen hinzu, ohne die sich die genannten Probleme in ihrer tatsächlichen Schärfe wohl nicht gestellt hätten. Hierauf soll – gemeinsam mit den erwähnten zusätzlichen Ursachen (Verbreitung von Generalhypotheken und gesetzlichen Pfandrechten) – in den nachfolgenden Kapiteln[88] eingegangen werden.

Zuvor ist nur noch ein kurzer Hinweis auf die spätere Rechtsentwicklung anzubringen: Die germanischen Rechte des Mittelalters scheinen, zeitlich versetzt, eine dem römischen Recht in groben Zügen ähnliche Entwicklung genommen zu haben: Auch hier war ursprünglich Besitzübertragung (leibliche Gewere) zur Pfandbegründung erforderlich, später – genannt wird die zweite Hälfte des 13. Jahrhunderts – reichte auch bloß ideelle Gewere (Zinsgewere) oder überhaupt Pfandrechtsbegründung ohne Gewere aus (sog jüngere Satzung), wobei die Erklärungen zur Pfandbestellung zumindest nach manchen Partikularrechten vor einer Behörde abzugeben waren und zur Beweissicherung Zeugen hinzugezogen wurden.[89] Die Rezeption brachte – entsprechend dem Kodifizierungsstand im Corpus Iuris – die Möglichkeit der Pfandbestellung durch bloße Willensübereinstimmung; oft allerdings nicht in Reinform, sondern unter Einbindung von Zeugen, Beurkundungen und ähnlichem in verschiedensten Spielarten; nur niemals das Faustpfand als alleinige Verpfändungsform.[90] Das Mobiliarsicherungsrecht des *ius commune* entsprach also jedenfalls in groben Zügen dem, was oben für das römische Recht nach Absterben der *fiducia* und Aufkommen der Mobiliarhypotheken beschrieben worden ist.

4. Gegenstand des Pfandrechts

Gegenstand eines Pfandrechts kann nach römischem Recht grundsätzlich **jedes selbständige Vermögensobjekt** sein, sei dieses nun beweglich oder unbeweglich,

86 Vgl etwa *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 410; *Kaser,* Römisches Privatrecht I² 458.

87 Beklagt bei *Dernburg,* Pandekten I⁷ 649 uva.

88 II.A.4.d. unter 4. sowie II.A.7.

89 Näher *Hromadka,* Faustpfandprinzip 27 ff. Nach *Hromadka* (aaO 31 ff) entsprach auch die Funktion des Besitzes im germanisch-deutschen Recht jener im römischen Recht, diente also allein dem Schutz des berechtigten Pfandgläubigers.

90 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 29 ff. Zur Pfandrechtsentwicklung in Sachsen, Preußen, Bayern und Österreich allgemein auch *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts (1899) 13 ff. Überblick zum Verhältnis römischer und germanischer Einflüsse mit vielen Beispielen auch bei *Hirsch,* Der Einfluß des römischen Rechts auf das Publizitätsprinzip des vertraglich bestellten Fahrnispfandrechts in den Partikularrechten von 1400 bis 1900 (1937) insb 19 ff.

körperlich oder unkörperlich, solange es nur dem Verkehr nicht entzogen ist.[91] Ausnahmen wie solche in Bezug auf dingliche Rechte an fremden Sachen[92] interessieren hier nicht. Ich möchte mich in der Folge auf einige wenige Aspekte beschränken, die für die Rechtsentwicklung herauf zum geltenden – und allenfalls zukünftigen – Mobiliarsicherungsrecht in Österreich und in anderen europäischen Staaten von Bedeutung sind.

a. *Allgemeines; Verpfändung von Forderungen*

Zunächst lässt sich festhalten, dass der Satz von der Verpfändbarkeit sämtlicher beweglicher Vermögenswerte kein bloßes rechtliches Lippenbekenntnis gewesen ist, sondern durchaus der wirtschaftlichen Realität entsprochen hat. Wesentliche Verantwortung hierfür trägt die im vorangegangenen Kapitel erörterte Möglichkeit der Begründung besitzloser Pfandrechte. Damit war – anders als nach geltendem österreichischem Recht[93] – die Nutzung von **Betriebsmitteln,** revolvierenden **Warenbeständen** und dergleichen zur Kreditbesicherung keineswegs unmöglich oder auch nur faktisch erschwert.[94]

Eine Verpfändung von **Forderungen** *(pignus nominis* bzw *nomen pignori datum)* war im römischen Recht möglich und ausweislich der Quellenlage wohl auch nicht selten.[95] Einzelheiten können hier vernachlässigt werden; ein ganz kurzer und inhaltlich begrenzter Einblick mag aber insoweit zweckmäßig sein, als er jedenfalls für manche Länder verstehen hilft, warum Jahrhunderte später die Sicherungszession die Verpfändung von Forderungen fast vollständig verdrängt hat: Bezog sich die Forderung auf Leistung einer Geldsumme, war der Pfandgläubiger bei Fälligkeit zur Einziehung in Höhe der besicherten Forderung berechtigt.[96] Nach zutreffender Auffassung lag darin gerade kein Verstoß gegen das Verbot des Pfandverfalls *(lex commissoria),* doch scheint in Teilen der französischen und

91 Vgl etwa *Dernburg,* Pandekten I^7 664 f; ausführlich *ders,* Pfandrecht I 422 ff; *Windscheid/Kipp,* Pandekten I^9 1139 ff. – Die *fiducia cum creditore contracta* ist zwar im Fall der Bestellung durch Manzipation wohl notwendig auf *res mancipi* beschränkt; ob sie durch *in iure cessio* auch an *res nec mancipi* bestellt wurde, scheint denkbar, wenngleich unsicher. Näher hierzu *Krämer,* Pfandrecht 15 mit FN 9, 371 ff mwN.

92 Vgl etwa den Hinweis auf die Unverpfändbarkeit von Gebäudedienstbarkeiten und andere Beispiele bei *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht^4 210 (Marcian D 20, 1, 11, 3).

93 Hierzu unten III.A.1. und III.A.2.

94 Vgl die eingehende Diskussion verschiedener Beispiele aus den Quellen bei *Dernburg,* Pfandrecht I 453 ff; unter anderem: Verpfändung eines Ladens *(taberna)* oder einer Viehherde. Hierzu auch unten II.A.4.c.

95 Zur Forderungsverpfändung aus dem deutschsprachigen Schrifttum etwa *Kaser,* Iura 20 (1969) 172; *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 411 ff. Zur Abgrenzung von der Sicherungszession heutigen Zuschnitts vgl bereits oben II.A.1. mit FN 35.

96 Vgl etwa *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht^4 210; *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 413 f.

niederländischen Literatur bis hinein ins 20. Jahrhundert das Gegenteil vertreten (und der Notwendigkeit einer gerichtlichen Verwertung der Forderung das Wort geredet) worden zu sein. Die verbliebenen Unsicherheiten, insbesondere was die Konkursbeständigkeit einer als Absicherungskonstruktion entwickelten Vollmacht zur Einziehung betraf, werden heute von manchen als hauptsächliche Ursache für den Siegeszug der Sicherungsabtretung und den praktischen Bedeutungsverlust des Forderungspfands in diesen Ländern angeführt.[97]

b. Verpfändung noch nicht existenter und dem Verpfänder noch nicht gehörender Vermögenswerte

Beachtung gerade aus heutiger Sicht verdient daneben die Entwicklung des römischen Rechts zur Verpfändung »zukünftiger« Vermögenswerte, worunter häufig physisch oder rechtlich noch nicht existente Sachen – wie ein vom Verpfänder erst zu produzierendes Werkstück oder noch nicht abgetrennte Früchte – ebenso wie fremde Sachen verstanden werden, die der Verpfänder nach Abschluss des Pfandbestellungsvertrags erst noch erwerben muss. Sinnvollerweise sind diese beiden Kategorien getrennt zu erörtern. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ergiebiger scheint die Verpfändung noch nicht existenter Sachen; ihr sind folglich die zunächst folgenden Abschnitte 1. und 2. gewidmet.

1. Eine Illustration dafür, woran die römischen Juristen bei der Verpfändung zukünftiger Sachen vorzugsweise gedacht haben, sowie den allgemeinen Grundsatz, dass eine solche Verpfändung rechtlich möglich war, liefert beispielsweise Gaius im Fragment D 20, 1, 15 pr, wo es auszugsweise heißt: »Auch noch nicht existente, aber künftige Sachen kann man verpfänden, zum Beispiel hängende Früchte, die Leibesfrucht einer Sklavin oder Tierjunge, mit der Folge, dass sie von der Pfandhaftung erfasst werden, sobald sie entstanden sind ….«[98] In der Tat handeln die meisten einschlägigen Quellenstellen von Früchten im weitesten Sinn, die bei Abschluss des Pfandbestellungsvertrags noch nicht von einer »Muttersache« abgetrennt und damit noch nicht sonderrechtsfähig sind, bzw von den künftigen Kindern einer Sklavin.[99] Eine weitere Kategorie bildet die Verpfändung von

---

97 Siehe *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 414, 447 f. Zur niederländischen Entwicklung auch *Reehuis,* Niederlande, in *Hadding/Schneider* (Hrsg), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen (1999) 469 (471), der als weiteren Grund allerdings auch anführt, dass bei der fiduziarischen Abtretung – im Gegensatz zur Forderungsverpfändung – eine Anzeige an den Drittschuldner nicht erforderlich war.

98 Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Hrsg), Corpus Iuris Civilis, Text mit Übersetzung III, Digesten 11–20 (1999).

99 Siehe insbesondere die einschlägige Untersuchung von *Löffelmann,* Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen – Rechtsvergleich zwischen deutschem und römi-

Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestand, wie Inventar und Warenbestand eines Ladengeschäfts oder eine Herde, bei der ebenfalls die künftig in diesen »Haftungsverband« aufzunehmenden neuen Gegenstände vom Pfandnexus miterfasst sein sollen. Diesen Fällen ist das nachfolgende Kapitel II.A.4.c. gewidmet.

Fragt man nach den **Rechtswirkungen** einer solchen Verpfändung, so zeigen sich Differenzierungen, die uns in den Quellen freilich nicht als systematisch durchgebildete Konzepte begegnen, sondern anhand von Einzelfallentscheidungen nachgezeichnet werden können. Dabei soll zunächst die Frage im Mittelpunkt stehen, ab welchem Zeitpunkt die »**Haftungswirkung**« eines Pfandrechts im Sinne eines gegenüber jedermann wirkenden Befriedigungsrechts an der verpfändeten, aber zunächst noch gar nicht existenten Sache besteht. Die Diskussion kreist um zwei Alternativen: den Vertragsabschlusszeitpunkt über die Pfandbestellung und die spätere Trennung der verpfändeten Früchte von der Muttersache. Die Frage wird beispielsweise dann virulent, wenn zwischen diesen Zeitpunkten die Muttersache oder die künftige Frucht alleine veräußert oder eine anderweitige dingliche Belastung zugunsten eines Dritten vorgenommen bzw vereinbart wird. Aus heutiger Sicht würden insbesondere die zwischenzeitige Insolvenz des Pfandbestellers und die von einem Dritten vorgenommene Zwangsvollstreckung in die Muttersache hinzutreten; diese Fälle scheinen allerdings im einschlägigen Quellenmaterial nicht diskutiert. Man kann die Frage daher durchaus darauf zuschneiden, ob mit der Verpfändung der zukünftigen Sache vor ihrer Trennung von der Muttersache zugunsten des Pfandgläubigers ein dingliches, Dritten gegenüber wirksames »**Anwartschaftsrecht**« begründet wird, das gegenüber Zwischenverfügungen durch den Pfandbesteller resistent ist.[100]

Die Hauptregel zu dieser Frage scheint dahin zu gehen, dass ein solches drittwirksames Anwartschaftsrecht, dem bloß noch das In-Existenz-Treten der Sache fehlt, um automatisch zum vollwertigen Pfandrecht auszuwachsen, nicht anzunehmen ist. Vielmehr entsteht das Pfandrecht – ohne Vorstufe – erst mit Erfüllung der Voraussetzung, dass die künftige Sache tatsächlich existent wird und sich in diesem Zeitpunkt im Vermögen *(in bonis)* des Verpfänders befindet. Die Frucht muss somit bei Trennung von der Muttersache der Verfügungsbefugnis des Pfandbestellers unterfallen; wurde inzwischen zB über die Muttersache verfügt, entsteht kein Pfandrecht.[101]

---

schem Recht (1996) 64 ff; dazu *Benöhr,* Rezension zu Löffelmann, Pfandrecht, ZSSt RomAbt 118 (2001) 570.

100 So denn auch die Fragestellung bei *Löffelmann,* Pfandrecht 65.

101 Siehe im Einzelnen *Löffelmann,* Pfandrecht 65 ff unter Bezug auf Papinian D 20, 1, 1, 2 (Verpfändung der Früchte gemeinsam mit einem Landgut), Paulus D 20, 1, 29, 1 (zur Verpfändung ungeborener Sklavinnenkinder) sowie Modestin D 20, 1, 26, 2 (Verpfändung eines Landguts samt Sklaven). Vgl auch, wenngleich mit zT erheblichen konstruktiven Unterschieden im Einzelnen, *F. Schulz,* Zwischenverfügungen bei Veräußerung und Verpfändung wesentlicher Bestandteile,

Für zwei Fallgruppen wird allerdings eine andere Lösung vertreten: Bei der Landpacht scheint es gebräuchlich gewesen zu sein, dass der Pächter für den Pachtzins dem Verpächter neben dem eingebrachten Inventar auch die künftig zu ziehenden Naturalfrüchte verpfändet.[102] Bei einem solchen Verpächterpfandrecht gelten nach *Löffelmann* die künftigen Früchte schon vor der Trennung als vom Pfandrecht,[103] nach anderen zumindest als von einer Art drittwirksamem Anwartschaftsrecht[104] erfasst. Verkauft also etwa der Pächter heimlich die stehenden Früchte an einen Dritten und erntet dieser sie ab, kann der Verpächter kraft seines Pfandrechts gegen den Dritten vorgehen (African D 47, 2, 62, 8). Die durch die antezipierte Verpfändung begründete Pfandhaftung (bzw die Pfandrechts-Anwartschaft) an den Früchten erweist sich nach diesem Verständnis somit als immun gegen Zwischenverfügungen. Eine zeitlich unbegrenzte Pfandhaftung der Früchte war in derartigen Pachtverhältnissen allerdings nicht angestrebt. Deren Zweck bestand ja gerade in der Finanzierung des Pachtzinses durch Verwertung der erwirtschafteten Früchte. Daher scheint typischerweise vereinbart worden zu sein, dass die gezogenen Früchte zu einem bestimmten Zeitpunkt pfandfrei werden bzw unbelastet veräußert werden können, um deren Verwertung im ordentlichen Wirtschaftsbetrieb nicht zu beeinträchtigen.[105] – Zweiter Ausnahmefall ist das Sklavinnenkind *(partus ancillae);* die diesbezügliche Regel scheint sich vom Verpächterpfandrecht ausgehend verallgemeinert zu haben: Wird eine Sklavin vom Pächter in den landwirtschaftlichen Betrieb »eingebracht« und dem Verpächter verpfändet, bleibt sie pfandverhaftet, wenn der Pächter sie ohne Einverständnis des Pfandgläubigers verkauft, und Gleiches gilt für ihre zukünftigen Kinder;

---

in FG Zitelmann (1923) 81 (118 ff); *Schanbacher,* Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht (1987) 91 ff; ferner *Dernburg,* Pfandrecht I 245 f, 442 ff. Für Annahme einer gegen Zwischenverfügungen des Verpfänders sichernden dinglichen Gebundenheit der zukünftigen Sache hingegen *Oertmann,* Die Pfändung stehender Früchte – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den künftigen Rechten, ZZP 41 (1911) 1 (8 ff, insb 12) mwN zu ähnlichen Ansätzen aaO 8 FN 17.

102 Näher zum Folgenden *Löffelmann,* Pfandrecht 98 ff, dort neben dem zitierten African-Fragment auch zu weiteren Quellenstellen wie Papinian D 19, 2, 53 und Paulus D 19, 2, 24, 1.

103 *Löffelmann,* Pfandrecht 100 und passim. Nicht restlos überzeugt offenbar *Benöhr,* ZSSt RomAbt 118 (2001) 570 (572), der anmerkt, zur Kernthese der Wirksamkeit des Verpächterpfandrechts ab Vertragsschluss »hätte es aber vielleicht noch gründlicherer Exegesen mit der Diskussion von anderen Interpretationsmöglichkeiten … bedurft«.

104 In diese Richtung jedenfalls im Ergebnis *Schulz* in FG Zitelmann 127 ff, auch wenn er aaO 130 von »nicht dinglichen Anwartschaftsrechten« spricht: In den von ihm zum Verpächterpfandrecht behandelten Fällen der Unterverpachtung (Frage des Eigentumserwerbs des Unterpächters) und des Verkaufs der stehenden Früchte durch den Pächter samt Ernte und Besitzergreifung direkt durch den Käufer (Frage des Eigentumserwerbs des Käufers) setzt sich das Verpächterpfandrecht, obwohl der Pächter nie Eigentümer der Früchte werde, durch und erwirbt der Dritte jeweils belastetes Eigentum. Dem Recht des Verpächter-Pfandgläubigers gebühre aufgrund seines Alters der Vorzug.

105 Vgl abermals *Löffelmann,* Pfandrecht 104, 114 mwN.

der Verpächter kann sich mittels *interdictum Salvianum utile* Besitz an ihnen verschaffen (Julian D 43, 33, 1 pr).[106]

An diesem – aus heutiger Sicht geradezu zynisch anmutenden – Beispiel zeichnet sich im Übrigen eine Differenzierung ab, die es für die künftige Rechtsentwicklung vorzumerken gilt: Die erwirtschafteten Früchte mussten verkauft werden, um dem Pächter die ordnungsgemäße Zahlung des gesicherten Pachtzinses zu ermöglichen; daher war wie erwähnt ihre lastenfreie Weiterveräußerung vorgesehen. Sklaven (und auf lange Sicht auch deren Kinder) hingegen galten im römischen Wirtschaftsleben als Betriebsmittel. Im Pachtverhältnis gehörten sie zu den *invecta et illata,* dem vom Pächter eingebrachten Inventar, das im Rahmen des typischerweise begründeten Verpächterpfandrechts dauerhaft haften sollte; eine lastenfreie Veräußerung war hier nicht gewollt.[107] Wenn in IX.–5:204 DCFR hinsichtlich der Befugnis des Sicherungsgebers zur lastenfreien Veräußerung zwischen *inventory* einerseits, wozu insbesondere zum (Weiter-)Verkauf bestimmte Waren zählen und für welche ein lastenfreier Verkauf im ordentlichen Geschäftsbetrieb bereits vom dispositiven Recht vorgesehen ist, und *equipment* (Betriebsmittel) andererseits differenziert wird, so findet diese Unterscheidung in den angeführten Beispielen der Früchte und des Sklavinnenkindes bereits eine antike Entsprechung.

2. Besonderes Interesse verdient zweitens die Frage der **Rangfolge** bei mehrfacher Verpfändung derselben zukünftigen Sache durch denselben Sicherungsgeber. Würde die Pfandsache bereits existieren, wäre Ausgangspunkt jedenfalls seit fortgeschrittener hochklassischer Epoche die auch dem geltenden Recht zugrundeliegende Vorstellung, dass an der Sache mehrere Pfandrechte bestehen,[108] deren Rangordnung sich nach dem Datum ihrer Begründung richtet *(prior tempore, potior iure).* Nach der oben[109] referierten Grundregel bestand aber an der verpfändeten Frucht vor ihrer Trennung gar kein Pfandrecht, auch keine »Anwartschaft«. Der für die Prioritätsbestimmung maßgebliche Zeitpunkt (jener der Trennung von der Muttersache) wäre nach dem allgemeinen Ansatz somit für alle antezipiert bestellten Pfandrechte streng genommen der gleiche.

---

106 Hierzu *Löffelmann,* Pfandrecht 110 ff mwN.

107 Vgl *Löffelmann,* Pfandrecht 114 ff.

108 Zur Rechtsentwicklung vor allem *Kaser,* Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht, in Studi Grosso I (1968) 27 (31 ff); *Schanbacher,* Konvaleszenz 29 ff; Kurzüberblick auch bei *Löffelmann,* Pfandrecht 138 ff. Danach waren mehrere gleichzeitig bestehende Pfandrechte an derselben Sache lange Zeit unbekannt und habe ein Rangverhältnis zunächst nur insoweit bestanden, als nach Ausscheiden des Erstgläubigers (insbesondere durch Befriedigung) das Pfandrecht des zweiten Gläubigers zur Entstehung gelangen konnte. Als erstes Zeugnis der Auffassung, dass der Nachgläubiger bereits mit der Verpfändung ein unbedingtes Pfandrecht erwirbt, nennt *Kaser* (aaO 43) Marcellus D 44, 2, 19.

109 II.A.4.b. unter 1.

In den überkommenen Quellen ist unsere Frage offenkundig nirgends ausdrücklich behandelt.[110] Doch wird in der einschlägigen Literatur davon ausgegangen, dass der Rang der an künftigen Früchten bestellten Pfandrechte sich nach dem Zeitpunkt des jeweiligen Pfandbestellungsvertrags richte, vorausgesetzt, der Sicherungsgeber hat die Muttersache zu diesem Zeitpunkt in seinem Vermögen.[111] Auch dieses Ergebnis ist mit Blick auf die mögliche künftige Rechtsentwicklung bemerkenswert, zeigt sich doch anhand des speziellen Falls der Verpfändung einer zukünftigen Sache, dass für verschiedene Funktionen ein und desselben Rechts – hier des Pfandrechts – nicht zwangsläufig dieselben tatbestandlichen Voraussetzungen maßgeblich sein müssen: Das Pfandrecht mit seinem zentralen materiellen Gehalt der Haftungswirkung bzw Befriedigungsmöglichkeit aus der Sache entsteht erst mit Verselbständigung des Pfandobjekts durch Trennung von der Muttersache, davor ist die Position des Pfandgläubigers auch gegen Zwischenverfügungen seitens des Sicherungsgebers nicht immun. Der Rang bestimmt sich hingegen nach einem anderen Tatbestand, dem Abschluss des Bestellungsvertrags. Haftungsbeginn und Begründung der Rangwirkung fallen auseinander.[112] Hält man sich diesen augenscheinlich bereits von den Römern praktizierten, wenngleich wohl nicht konzeptionell durchentwickelten Ansatz vor Augen, erscheint es gemessen am kontinentaleuropäischen zivilrechtlichen Erbe gar nicht so revolutionär, wenn der DCFR die bereits angesprochenen Funktionen eines dinglichen Sicherungsrechts geringfügig neu ordnet in *creation* (Begründung des dinglichen Sicherungsrechts mit Verwertungsbefugnis, einzelne Drittwirkungen), *effectiveness* (Wirkung gegenüber bestimmten, praktisch besonders wichtigen Kategorien von Dritten) und *priority* (Rangordnung, allerdings nicht nur gegenüber anderen Pfandgläubigern, sondern auch anderen beschränkt dinglich Berechtigten), und die Wirkungen der jeweiligen Funktion grundsätzlich unabhängig voneinander an bestimmte Voraussetzungen knüpft.[113]

3. Zur Frage der – von den Parteien bewusst vorgenommenen – Verpfändung einer **fremden Sache**, die erst später in das Vermögen des Verpfänders gelangt, haben die römischen Juristen unterschiedliche Standpunkte eingenommen, die im modernen Schrifttum oft ihrerseits kontrovers diskutiert werden. Einige Schlag-

---

110 Dies konstatiert *Löffelmann,* Pfandrecht 140 f; vgl auch *Dernburg,* Pfandrecht I 249.

111 Siehe wiederum *Löffelmann,* Pfandrecht 88, 140 f unter Berufung auf Gaius D 20, 4, 11, 3 (wo der Bezug zur Rangordnung allerdings nicht explizit ausgedrückt ist). Der Ansatz stammt von *Romano,* Appunti sul pegno ai frutti nel diritto romano (1931) 101 ff; Sympathie für dessen Kerngedanken bei *Rabel* in seiner Rezension zu *Romano* in ZSSt RomAbt 53 (1933) 587 (591 f). Vgl im Ergebnis ferner *Dernburg,* Pfandrecht I 246 ff, dort freilich primär mit Blick auf die mehrfache Verpfändung einer fremden Sache für den Fall des Erwerbs, bzw 249 ff mit Fokus auf Generalhypotheken.

112 So auch ausdrücklich *Löffelmann,* Pfandrecht 140.

113 Einführend unten V.A.2.c.

lichter mögen genügen: Im hier vornehmlich interessierenden Fall, dass die verpfändete Sache nachträglich ins Vermögen des Verpfänders gelangt,[114] wird von den meisten Juristen offenbar Heilung der zunächst unwirksamen Verpfändung angenommen; für die Gewährung der *actio Serviana utilis* genügt, dass der Pfandgeber die Sache zu einem späteren Zeitpunkt *in bonis* hat.[115] Papinian D 20, 1, 1, pr schränkt hingegen ein: Die Wirksamkeit der Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen im Rahmen einer Generalhypothek am gesamten und zukünftigen Vermögen wird generell bejaht, der Klageschutz für ein Spezialpfand an einer dem Verpfänder im Vertragsschlusszeitpunkt noch nicht gehörenden Sache dagegen nur mit Einschränkungen. Nach einer Lesart differenziert Papinian dabei nach der Vorstellung des Pfandgläubigers von der Berechtigung des Pfandbestellers im Vertragsschlusszeitpunkt: Nimmt der Gläubiger an, die Sache gehöre dem Verpfänder, tritt Heilung ohne weitere Voraussetzung mit dem nachträglichen Erwerb der Sache ein. Weiß der Gläubiger hingegen von der fehlenden Berechtigung, kommt es zur Konvaleszenz nur, wenn der Verpfänder bereits einen Anspruch auf Übereignung der Sache hat. Ansonsten sei im zweiten Fall der Pfandgläubiger nicht schutzwürdig, die Verpfändungsabrede folglich sittenwidrig und unwirksam, womit es an einer notwendigen Voraussetzung für die *actio Serviana* fehlt.[116] Von anderen wird im Fall der Spezialverpfändung die Klagbarkeit infolge Konvaleszenz der zunächst unwirksamen Pfandbestellung hingegen grundsätzlich bejaht, ohne

114 Zu unterscheiden von dem schon unter den römischen Juristen kontrovers diskutierten Fall der Beerbung des nichtberechtigten Verpfänders durch den Rechtsinhaber. Dieser Fall interessiert für die gegenständliche Arbeit kaum, geht es doch mit Blick auf das geltende Recht und dessen allfällige Fortentwicklung letztlich um planmäßige Kreditbesicherung unter anderem mittels erst zu erwerbender Waren, Rohstoffe oder Forderungen. Mit Recht für eine klare Trennung dieser beiden Fallkategorien eintretend *Wacke,* Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht, ZSSt RomAbt 115 (1998) 438 (442, 444 ff).

115 Vgl *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 (1998) 438 (444 f) mit Hinweis auf Diokletian C 8, 15(16), 5 und Ulpian D 20, 1, 21 pr; *Schanbacher,* Konvaleszenz 115 ff.

116 So *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 (1998) 438 (450 ff). Grundsätzlich offenbar ebenfalls auf die Unwirksamkeit des Verpfändungsvertrags bei Kenntnis der Fremdheit abstellend, jedoch ohne vergleichbar deutliche Ausdifferenzierung der Fallgruppen *Löffelmann,* Pfandrecht 119 ff (insb 122, 124). Für *Wacke* (aaO 453 f) ist Papinians ausdifferenzierte Lösung die für die Rechtslage in der römischen Klassik generell maßgebliche; die Verfasser der anderen, kürzeren Stellungnahmen hätten Papinians »einschränkende Randkorrekturen« vermutlich gebilligt. – Warum Papinian zur Generalverpfändung anders entscheidet, bei der die Parteien hinsichtlich des künftigen Erwerbs ja quasi schon ex definitione von der momentan fehlenden Berechtigung des Verpfänders ausgehen, erklärt *Wacke* (aaO 452) wohl plausibel damit, dass hier – anders als etwa beim Spekulieren auf den Erwerb bestimmter Sachen im Erbweg – nicht von Unredlichkeit der Parteien auszugehen ist. Sonst vorgebrachte Erklärungsversuche vermögen den Unterschied mE nicht befriedigend zu begründen; so etwa, dass die Generalverpfändungsabrede, soweit sie fremde Vermögenswerte betrifft, für den Fall abgeschlossen werde, dass diese Sachen in das Vermögen des Schuldners gelangen, und diese Bedingung die *conventio* quasi auf den Zeitpunkt der Vermögenszugehörigkeit der Sachen verlagere; idS *Schanbacher,* Konvaleszenz 87 ff.

dass – zumindest in den überkommenen Texten – eine Differenzierung hinsichtlich des Kenntnisstands des Pfandgläubigers ersichtlich würde (so bei African D 20, 4, 9, 3 unter Berufung auf Julian).[117] Möglich und im Ergebnis wirksam war nach wieder anderen Zeugnissen die Bestellung eines Pfandrechts unter der aufschiebenden Bedingung des späteren Sacherwerbs (Marcian D 20, 1, 16, 7).[118] Hinsichtlich der Rangordnung bei mehrfacher Verpfändung derselben noch nicht zum Schuldnervermögen gehörigen Sache findet sich auch hier die Auffassung, dass den Ausschlag der Zeitpunkt der jeweiligen Bestellungsabrede gebe.[119]

Ein vertiefter Einstieg in diese vielschichtige Materie ist hier nicht möglich und wohl auch verzichtbar. Dass sie konzeptionelle Schwierigkeiten bereitet hat, wird so schon hinreichend deutlich.

c. *Verpfändung von Sachgesamtheiten, namentlich mit wechselndem Bestand*

Weniger grundlegende Schwierigkeiten wirft für die römischen Juristen hingegen die Verpfändung von Sachgesamtheiten auf, auch wenn – wie im Regelfall – ihr Bestand ständig Veränderungen unterworfen ist. So kann am Warenbestand eines Geschäftslokals *(taberna,* Scaevola D 20, 1, 34 pr) oder an einer Herde *(grex,* Marcian D 20, 1, 13 pr) ein Pfandrecht ohne weiteres wirksam begründet werden.[120] Bis

117 Voraussetzung für die Konvaleszenz des Pfandrechts ist bei African, dass der Sicherungsgeber die bei Pfandbestellung noch fremde Sache in dem für die Heilung infrage kommenden Zeitpunkt in seinem Vermögen hat. Darum konvalidiert im angesprochenen Fragment das erste Pfandrecht des Titus, nicht aber das zweite des Maevius (da die Pfandliegenschaft inzwischen übertragen worden ist). Näher zu diesem Fragment *Schanbacher,* Konvaleszenz 20 ff mwN; *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 (1998) 438 (455 ff); siehe auch *Löffelmann,* Pfandrecht 129 ff mwN.

118 Darüber, ob bei einer solchen bedingten Verpfändung die Verpfändungswirkung bereits mit der Bestellung eintritt oder nicht, scheinen die Auffassungen auseinanderzugehen. Im erstgenannten Sinne wohl *Schanbacher,* Konvaleszenz 90 mit FN 441; für Beurteilung im Sinne der auch sonst maßgeblichen Papinianschen Lösung (oben bei FN 116) hingegen *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 (1998) 438 (453 f).

119 Vgl etwa *Schanbacher,* Konvaleszenz 67 f sowie 150 ff zu Paulus D 40, 4, 14 (wo zumindest nach dem Wortlaut nicht deutlich ist, ob der Verpfänder zu einem späteren Zeitpunkt Eigentum erwirbt). Vgl auch *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 (1998) 438 (456 ff) in seiner Kritik gegen die Entscheidung bei Julian/African D 20, 4, 9, 3 (um das Prioritätsprinzip zu wahren, wäre aufeinanderfolgende Konvaleszenz der beiden Pfandrechte geboten, hinsichtlich des zweiten dann, wenn der Verpfänder irgendwann während der Wirksamkeit des ersten Pfandrechts die Verfügungsbefugnis über die Pfandsache erlangt). *Löffelmann,* Pfandrecht 142 f, meint zwar unter Bezug auf African D 20, 4, 9, 3, es gehe um Konvaleszenz zweier nichtiger Pfandrechte und unter nicht existenten Rechten könne von einem Rangverhältnis nicht die Rede sein, gelangt jedoch augenscheinlich zum selben praktischen Ergebnis.

120 Allgemein zur Verpfändung von Sachgesamtheiten eingehend *Dernburg,* Pfandrecht I 452 ff; siehe ferner *Löffelmann,* Pfandrecht 171 ff. Zur *taberna* insbesondere auch *Sturm,* Exegese von Scaevola (27 dig.) D. 20,1,34 pr., in *Schlosser/Sturm/Weber,* Die rechtsgeschichtliche Exegese[2] (1993) 26; *H. Wagner,* Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen, in Studi

in jüngere Zeit umstritten ist dabei die Frage, ob sich das Pfandrecht in solchen Fällen auf die einzelnen zum Sachinbegriff gehörenden Stücke bezieht, also nicht etwa auf die »Herde« als solche,[121] oder ob als Gegenstand des Pfandrechts tatsächlich der Sachinbegriff gleichsam als in der Realität wahrnehmbarer, strukturierter Bestand anzusehen war.[122]

Dass sich in solchen Fällen das Pfandrecht auch auf Gegenstände beziehen kann, die im Zeitpunkt der Pfandbestellung vom Verpfänder noch nicht erworben waren, stellt hier keinen Streitpunkt dar.[123] Im Zentrum der Diskussion steht regelmäßig die Frage, was im Einzelfall hinsichtlich neu aufgenommener oder wieder ausgeschiedener Stücke zu gelten hat, wenn die Parteien hierüber keine hinreichend klare Vereinbarung getroffen haben. Nach *Dernburg* entscheidet der Parteiwille und lassen sich grundsätzlich folgende drei Kategorien bilden:[124] Bei Sachgesamtheiten, die dazu bestimmt sind, durch Verkauf ihrer eigenen Bestandteile Erträgnisse zu erzielen, um wieder durch neue Objekte ersetzt zu werden, sei anzunehmen, dass stets die im Lager vorhandenen Stücke verpfändet seien. Bereits weiterveräußerte Stücke werden frei, wenn die Verfügung »ordnungsgemäß« (quasi im ordentlichen Geschäftsbetrieb) erfolgt ist. Hierher rechnet er den erwähnten Scaevola-Fall des Warenbestands eines Geschäftslokals.[125] Für Gesamtheiten von Einzelsachen hingegen, die nicht zum Zweck des Verkaufs zusammengebracht werden, die sich aber in einer verhältnismäßig kurzen Zeit abnutzen, sodass beständige Erneuerung gefordert ist (Beispiel: Herde), wird angenommen, dass neu eintretende Stücke als mitverpfändet gelten, da dauerhafte Besicherung beabsichtigt ist. Dass aus der Herde nachgeborene Jungtiere ebenfalls

---

Biscardi III (1982) 391 (insb 400 ff zum Warenbestand als Pfandobjekt); zur Verpfändung der Herde *Hammerstein,* Die Herde im römischen Recht – Grex als rechtliche Sachgesamtheit und Wirtschaftseinheit (1975) 169 ff. Kurzüberblick ferner bei *Windscheid/Kipp,* Pandekten I[9] 1140; *Dernburg,* Pandekten I[7] 664 f.

121 In diesem Sinne vor allem *Dernburg,* Pfandrecht I 453 ff gegen ältere Lehre; ferner *Sturm* in *Schlosser/Sturm/Weber,* Exegese[2] 26 (38 ff); *H. Wagner* in Studi Biscardi III 391 (413 f) zum *taberna*-Fall. Zum gemeinen Recht etwa auch *Wächter,* Pandekten II (1881) 521 f.

122 So zum *grex* nun wieder *Hammerstein,* Herde 173 ff, neben Marcian 20, 1, 13 pr auch unter Bezugnahme auf agrarwirtschaftliche Hintergründe. Zentrale Bedeutung fällt bei *Hammerstein* der *summissio* zu, dh der in der Praxis der Weidewirtschaft geübten kontinuierlichen Ergänzung der Herde, die auf nachhaltige Sicherung des Bestands der Einheit abzielt. Hierzu allgemein *Hammerstein* aaO 56 ff sowie 66 ff zur rechtlichen Summissionspflicht beim Herdennießbrauch.

123 Vgl *Hammerstein,* Herde 170, 173. Auch zum *taberna*-Fall D 20, 1, 34 pr, bei dem Scaevola als eine der Lösungsoptionen die vollständige Unwirksamkeit der Verpfändung erwähnt, wird nichts anderes gelten; siehe unten FN 129.

124 Zum Folgenden siehe *Dernburg,* Pfandrecht I 458 ff.

125 Ganz ähnlich etwa *Wächter,* Pandekten II 522. Vgl ferner *Sturm* in *Schlosser/Sturm/Weber,* Exegese[2] 26 (41 f): Verkaufsermächtigung und Vorausverpfändung; im Ergebnis auch *H. Wagner* in Studi Biscardi III 391 (412 ff) unter Anknüpfung an die »Natur der Sache« (Handelswaren als Umlaufkapital), woraus auch dieser auf eine konkludente Verkaufsermächtigung und Vorausverpfändung neu in die *taberna* eingebrachter Handelswaren schließt (insb 417 f).

dem Pfandrecht unterfallen, stellt schon Marcian D 20, 1, 13 pr klar, und zwar auch bei vollständiger Erneuerung des Tierbestands.[126] Veräußerte Herdentiere bleiben nach *Dernburg* allerdings ebenfalls pfandverhaftet, da Veräußerung nicht von vornherein vorgesehen und gebilligt sei, während andere hier analog zum Warenlager Freiwerden annehmen.[127] *Dernburgs* dritte Kategorie bilden Sachgesamtheiten, deren Stücke weder zur Veräußerung bestimmt sind noch in verhältnismäßig kurzer Zeit sich abzunutzen pflegen; zB eine Bibliothek, Kunstsammlung, das Gesamtmobiliar eines Hauses, der Schmuck einer Frau. Hier sei anzunehmen, dass das Pfandrecht an allen einmal verpfändeten Gegenständen auch bei Veräußerung fortdauert, neu hinzukommende Stücke jedoch nicht erfasst werden, da eine Vermehrung von vornherein nicht vorgesehen sei.[128]

Bedenken in Hinblick auf einen **Spezialitäts- bzw Bestimmtheitsgrundsatz** sind in Zusammenhang mit der Verpfändung unter einer Sammelbezeichnung im Übrigen nicht überliefert.[129]

d. Generalhypothek

Geradezu charakteristisch für das entwickelte römische Pfandrecht ist schließlich die Anerkennung und weite Verbreitung (besitzloser) Generalpfandrechte am gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen des Sicherungsgebers. Im Folgenden wird zunächst ein kurzer Überblick über allgemeine Aspekte solcher Generalhypotheken gegeben (unter 1.) und sodann auf zwei Gesichtspunkte näher eingegangen, die in Hinblick auf eine mögliche künftige Orientierung am

126 Näher hierzu *Hammerstein,* Herde 170 ff.

127 Siehe einerseits *Dernburg,* Pfandrecht I 460; für Pfandfreiheit veräußerter Tiere andererseits *Hammerstein,* Herde 171 f, und zwar sowohl für nachgeborene wie auch für solche, die dem Originalbestand im Verpfändungszeitpunkt angehört haben. Angelpunkt *Hammersteins* (explizit aaO 174) ist auch hier die *summissio* (vgl FN 122), der zufolge der Nachwuchs der Herde nicht in vollem Umfang disponibler Vermögenszuwachs ist, sondern ein Nachwuchsteil zum Ausgleich künftiger Einbußen im Herdenverband einbehalten wird, wohingegen der darüber hinausgehende Überschuss frei verfügbar war (aaO 60).

128 *Dernburg,* Pfandrecht I 460 f.

129 *Löffelmann,* Pfandrecht 174 merkt an, das römische Sachenrecht habe einen dem geltenden deutschen Recht entsprechenden Bestimmtheitsgrundsatz nicht gekannt. Vgl auch die Anmerkungen zum geltenden Recht bei *Sturm* in *Schlosser/Sturm/Weber,* Exegese² 26 (48 f). – Auch die von Scaevola im *taberna*-Fall D 20, 1, 34 pr angesprochene Lösungsmöglichkeit der Unwirksamkeit der gesamten Pfandbestellung (welcher Scaevola nicht folgt) wird nicht mit allfälligen Bedenken in Hinblick auf die Bestimmtheit des Sicherungsguts in Zusammenhang gebracht, sondern entweder damit erklärt, dass die *taberna* (das Ladenlokal) selbst als Staatseigentum – das Forum bzw die Straße war öffentlicher Grund – nicht verpfändet werden konnte (*Sturm* in *Schlosser/Sturm/Weber,* Exegese² 26 [35 ff] mwN; relativierend *H. Wagner* in Studi Biscardi III 391 [392 ff]), oder damit, dass die Unwirksamkeitslösung gar nicht von Scaevola selbst, sondern in der an ihn herangetragenen Anfrage aufgeworfen worden sei; vgl *Löffelmann* aaO 173 mwN in FN 241.

Modell des DCFR – der generelle Sicherheitenbestellungen tendenziell erleichtern möchte[130] – von besonderem Interesse erscheinen: das mögliche Spannungsverhältnis zum Spezialitätsprinzip (hierzu 2.) sowie die Frage, aus welchen Gründen die Generalhypothek im römischen Rechts- und Wirtschaftsleben eine derartige Verbreitung erreichen konnte bzw umgekehrt, ob sich hieraus etwa besondere praktische Probleme ergeben haben (Abschnitte 3. bzw 4.).

1. An **Grundlagen** kann hier Folgendes genügen: Zur Begründung einer Generalhypothek nach römischem Recht genügt etwa die einfache Vertragsklausel »ich verpfände all mein Gut«, wozu regelmäßig eine ausdrückliche Bezugnahme auf den künftigen Erwerb hinzugefügt wird. Der Schuldner erklärt, häufig als Zusatz zur Bestellung von Spezialpfändern, seine *»bona ... quae nunc habet et quae postea adquisierit«* (Gaius D 20, 1, 15, 1) zum Pfand zu bestellen, oder schlicht die Verpfändung aller *»rerum, quas ... habuit habiturusve sit«* (Ulpian D 20, 1, 6).[131] Ist vom Wortlaut her nicht klar, ob nur das gegenwärtige Vermögen erfasst, oder auch das zukünftige mitverpfändet sein soll, scheint häufig im letzteren Sinne entschieden worden zu sein, was Justinian schließlich zur Auslegungsregel erhebt (C 8, 16, 9, 1).[132] Im Übrigen kann sich im Wege der – aus heutiger Sicht wohl: ergänzenden – Vertragsauslegung durchaus ergeben, dass bestimmte Vermögenswerte nicht als mitverpfändet zu betrachten sind.[133] Vom Pfandrecht einmal erfasste Vermögenswerte bleiben, dem dinglichen Charakter des Sicherungsrechts entsprechend, grundsätzlich auch dann pfandverhaftet, wenn der Pfandbesteller die Sache an einen Dritten veräußert. Doch lassen sich auch insoweit durch ausdrückliche Vertragsgestaltung[134] oder allenfalls ergänzende Vertragsauslegung[135]

130 Für Näheres siehe unten V.C.2.

131 Vgl *Dernburg,* Pfandrecht I 501 f mwN. Weitere Beispiele mit zahlreichen Nw bei *H. Wagner,* Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung (1968) 94 ff. Zu den solcherart erfassten Vermögenswerten (grundsätzlich eben alle) *Dernburg* aaO 504 ff; *H. Wagner* aaO 100 ff (insb 112 ff).

132 *Dernburg,* Pfandrecht I 502 f; *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht[4] 206.

133 Vgl abermals das bereits zitierte Fragment Ulpian D 20, 1, 6, nach welchem »diejenigen Sachen nicht erfasst [werden], die jemand einzeln wahrscheinlich nicht verpfändet hätte, zum Beispiel Hausrat. Auch seine Kleider sind dem Schuldner zu belassen und von seinen Sklaven diejenigen, die er in einer Weise verwendet, dass er sie mit Sicherheit nicht [einzeln] verpfändet haben würde. Daher steht wegen der Diener, die er unbedingt braucht – sei es, dass sie ihm nahestehen, [der Satz wird durch Paulus D 20, 1, 7 fortgesetzt:] sei es, dass er sie tagtäglich benötigt –, die servianische Klage nicht zu« (Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler,* Corpus Iuris Civilis III). Hierzu und zu weiteren Einzelfragen etwa *Dernburg,* Pfandrecht I 507 ff; *H. Wagner,* Generalverpfändung 125 ff.

134 Vgl *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 417 f (Begründung einer der englischen *floating charge* vergleichbaren Sicherung) mit Hinweis auf das bereits oben (II.A.4.c.) zur Verpfändung von Sachgesamtheiten erwähnte Scaevola-Fragment D 20, 1, 34 pr.

135 Vgl *Dernburg,* Pfandrecht I 511 für den Fall, dass der Verpfänder ein Handelsgeschäft betreibt: Hier diene ein Teil des Schuldnervermögens notorisch Verkaufszwecken, um wieder durch

andere Ergebnisse erzielen. Im Gegensatz zum Spezialpfand gilt für den Fall der Generalhypothek eine Vermutung, dass vom Pfandgläubiger angesprochene Vermögenswerte zum Vermögen des Verpfänders gehören, was Voraussetzung für die Pfandhaftung ist (Gaius D 20, 1, 15, 1).[136] Für Prioritätskonflikte schließlich gilt auch hier grundsätzlich die *prior-tempore*-Regel. Ein älteres Generalpfand geht also insbesondere einem jüngeren Spezial-Besitzpfand vor.[137]

2. Wie schon oben bei der Verpfändung von Sachgesamtheiten beobachtet, scheinen die römischen Juristen keine Schwierigkeiten in Hinblick auf ein – heute so genanntes – **Spezialitätsprinzip bzw** einen **Bestimmtheitsgrundsatz** gesehen zu haben.[138] Das potentielle Spannungsverhältnis wird offenbar erst in neuerer Zeit diskutiert.[139] So bemerkt etwa *Dernburg,*[140] es komme hier »das Eigenthümliche hinzu, daß die Objecte, über welche man im voraus disponirte, noch völlig **unbestimmt** waren, daß eine individuelle Vorstellung der Contrahenten über dieselben im Moment des Vertragsschlusses unmöglich war«. *Dernburgs* Rechtferti-

---

neu angeschaffte Waren ersetzt zu werden. Was solche Warenbestände betreffe, könne nicht gewollt sein, »das Geschäft des Verpfänders zum Stillestehen zu bringen«, weshalb ordnungsgemäß verkaufte Waren freigegeben würden.

136 Ausführlich hierzu etwa *H. Wagner,* Generalverpfändung 101 ff mwN.

137 Siehe etwa *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 417 mit Hinweis auf Papinian D 20, 5, 1 (jüngeres Spezialpfand an Grundstücken). – Zur Rangordnung in Bezug auf künftig (nach Pfandbestellung) zu erwerbende Vermögenswerte wird zumindest in der gemeinrechtlichen bzw pandektistischen Doktrin allerdings auch die Lösung erwogen, das für den Pfandrang maßgebliche Datum sei ebenso wie der Zeitpunkt des Pfandrechtserwerbs erst mit dem späteren Erwerb der jeweiligen Sache zu Eigentum anzusetzen; mit der Konsequenz, dass mehrere aufeinanderfolgende Generalhypothekare an den erst später erworbenen Vermögenswerten gleichrangige Pfandrechte erwerben würden. Doch gelte nach Gewohnheitsrecht »der praktischen Einfachheit und Durchführbarkeit wegen« letztlich auch insofern das Datum der Verpfändung als maßgeblich; so *Wächter,* Pandekten II 523 f.

138 Die Frage ist denn auch in *H. Wagners* eingehender Untersuchung zur Bedeutung der »generellen« Verpfändung als solche kein Thema; vgl *H. Wagner,* Generalverpfändung 5 ff (zur Bedeutung der Begriffe *generalis, generaliter),* 64 ff (zur »kombinierten« Bestellung von Spezialpfändern und ergänzendem Generalpfand), 94 ff (zur einheitlichen Vermögensverpfändung).

139 Neben den in den folgenden FN zitierten Beiträgen sei hier etwa verwiesen auf den offenen Angriff gegen die römische Generalhypothek bei *E. Demelius,* Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht (1897) 140 ff, der in seinem Kapitel zum Spezialitätsgrundsatz geritten wird, interessanterweise aber ohne in der Sache aus dem Spezialitätsprinzip heraus zu argumentieren, und dem eine nähere Analyse der Verpfändung von Sachgesamtheiten wie eines Warenlagers folgt, welche – angesichts der Polemik gegen die Generalhypothek zumindest ebenso bemerkenswert – mit dem Ergebnis abschließt, es liege hier keine Durchbrechung des Spezialitätsprinzips vor *(E. Demelius* aaO 147 ff). Vgl ferner etwa *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 4: durch Zulassen der Generalhypothek sei »das Spezialitätsprinzip aufgehoben«. Auch bei *Welser/Kletečka,* Grundriss des bürgerlichen Rechts I[15] (2018) 261 (Rz 750) findet sich im Kontext des Spezialitätsprinzips der – im Ergebnis für das geltende österreichische Recht natürlich zutreffende – Satz: »Es gibt insbesondere keine ›Generalhypothek‹.«

140 Alle Zitate aus *Dernburg,* Pfandrecht I 501 (Hervorhebung im Original).

gung der gleichwohl unbestrittenen Zulässigkeit der Generalverpfändung hat rein pragmatischen Charakter. Hinsichtlich des im Verpfändungszeitpunkt bereits vorhandenen Vermögens lautet sie: »Die praktische Unentbehrlichkeit der Convention ließ über theoretische Bedenken hinwegsehen. Ohne deren Zufügung hätte der Creditor wegen eines jeden einzelnen Vermögensobjects den weitläufigen, oft nicht zu erbringenden Nachweis führen müssen, daß dasselbe dem Schuldner bereits zur Zeit der Verpfändung gehört habe; oder man hätte von vornherein eine vollständige Vermögensinventarisation vornehmen müssen, die man eben durch Anwendung der Generalformel vermeiden wollte.« Und kraft der Klausel zur Verpfändung alles zukünftigen Vermögens »konnte der Gläubiger ohne weiteres die im Moment der Beitreibung dem Schuldner gehörenden Objecte in Anspruch nehmen; man war hiermit über eine Menge praktischer Schwierigkeiten von selbst hinweggehoben«. Der Hinweis auf die quasi konkretisierende Funktion der Rechtsdurchsetzung begegnet auch bei *H. Wagner:* Das Vorgehen bei der Prüfung der *intentio*[141] der *actio Serviana* stelle letzten Endes lediglich eine Form der Konkretisierung und Spezifizierung der verhafteten Objekte für den Zugriff des Gläubigers dar, die zugleich den Generalpfandvertrag nach seinem Umfang punktuell interpretiere.[142] Auch *Schanbacher* beobachtet grundsätzlich richtig, hinsichtlich des zukünftigen Vermögens enthalte die Verpfändungsabrede zwar nicht selbst die Bestimmung der Pfandgegenstände, aber doch das Kriterium zu ihrer Bestimmung: Pfand soll sein, was dem Schuldner gehört.[143]

Die römische Unbekümmertheit auf der einen und das offensichtliche spätere Unbehagen auf der anderen Seite werfen die Frage auf, ob es einen unverzichtbaren (quasi naturrechtlich vorgegebenen) Kern eines Spezialitäts- bzw Bestimmtheitsgrundsatzes überhaupt gibt und bejahendenfalls, welchen normativen Standard dieser vorgibt.[144]

---

141 Das ist jener Teil der Klagsformel, der die Klagegrundlage und den Gegenstand des Klagebegehrens beinhaltet, vgl *Kaser/Hackl,* Römisches Zivilprozeßrecht² (1996) 311 ff.

142 *H. Wagner,* Generalverpfändung 100 f. Er betont die zweifache Funktion der *bona* (des Vermögens) als typischen Bezugspunkt bei der Generalverpfändung, nämlich einmal materiell zur Klärung der Frage, was Gegenstand des Generalverpfändungsvertrags sei, und zweitens verfahrensrechtlich, um zu klären, was dem Gläubiger mit prätorischer Unterstützung zur Verwertung preisgegeben wird, wobei die jeweils maßgeblichen *bona*-Begriffe identisch seien.

143 *Schanbacher,* Konvaleszenz 87 ff. Der Fokus seiner Überlegungen liegt in der Folge allerdings auf einem – für die Zwecke dieser Arbeit nicht weiter interessierenden – konstruktiven Kunstgriff: Er geht – vor dem Hintergrund der Voraussetzungen der *actio Serviana* – davon aus, dass die Verpfändung hinsichtlich künftiger Vermögenswerte bedingt erfolge und »[d]ie Bedingung (…) die *conventio* [die Verpfändungsabrede, Anm] auf den Zeitpunkt der Vermögenszugehörigkeit der Sachen [verlagert]« (»konventionsverlagernde Wirkung der Bedingung«).

144 Die Frage nach dem Kern des Spezialitäts- bzw Bestimmtheitsgrundsatzes wird weiter unten zum geltenden österreichischen (III.A.2.c.(ii.)) und deutschen Recht (IV.A.2.b.(i.)) sowie zum DCFR (V.C.2.a.(ii.)) näher diskutiert.

3. Auch wenn die nähere Datierung dieser Entwicklung schwierig sein mag, besteht heute im Ergebnis kein Zweifel, dass die Generalverpfändung allen gegenwärtigen und künftigen Vermögens nach römischem Recht in der Praxis starke Verbreitung erfahren hat. *Dernburg* meint etwa, dass zur Kaiserzeit kaum mehr ein bedeutender Vertrag abgeschlossen worden sei, bei dem nicht nach Stellung von Spezialpfändern eine derartige Generalhypothek begründet worden wäre.[145] Im griechischen Kulturkreis war sie schon zuvor stark verbreitet gewesen.[146]

Gerade wenn man sich die spätere, bis ins geltende österreichische Recht hereinwirkende massive Skepsis gegenüber derart weitgehenden dinglichen Belastungen[147] und andererseits die nun, gleichsam in einer neuerlichen Pendelbewegung ergehenden aktuellen Vorschläge in Österreich und auf europäischer Ebene mit ihrer Tendenz einer Erleichterung genereller Mobiliarbesicherung[148] vor Augen hält, stellt sich die Frage nach den – wirtschaftlichen, allenfalls gesellschaftlichen oder sonstigen – **Gründen** für die große Verbreitung der Generalhypothek in der Antike. Bedauerlicherweise wird diese Frage in der Literatur, jedenfalls in der rechtswissenschaftlichen, allem Anschein nach kaum diskutiert. *H. Wagner* erörtert in seiner Dissertation zur römischen Generalverpfändung lediglich die quasi umgekehrte Frage, nämlich jene nach dem Sinn und Zweck der (häufigen) Bestellung von Spezialpfändern neben der zugleich vereinbarten Generalverpfändung alles gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens.[149]

Die nachfolgenden Überlegungen tragen somit in hohem Maße spekulative Züge: Man wird wohl davon ausgehen dürfen, dass Generalhypotheken im Regelfall vom Schuldner der besicherten Forderung, also nicht von einem interzedierenden Dritten, bestellt worden sind. Der Personalschuldner haftet als solcher im

---

145 *Dernburg,* Pfandrecht I 501 f; vgl Gaius D 20, 1, 15, 1 und hierzu *H. Wagner,* Generalverpfändung 64 ff (mit zahlreichen weiteren Beispielen »kombinierter Verpfändung«); ferner *Manigk,* »Hypotheca« in Paulys Realencyclopädie IX/1 Sp 368.

146 Dies wird allgemein angenommen; vgl etwa *Dernburg,* Pfandrecht I 72, 501.

147 Siehe unten II.B.2. zur allgemeinen Zurückdrängung der Generalhypotheken in der Kodifikationszeit und für Österreich etwa *E. Demelius,* Pfandrecht 142 ff, der die Auffassung vertreten hat, die Generalverpfändung sei schon mit dem Pfandrechtsbegriff des österreichischen Rechts unvereinbar.

148 Zum Entwurf der Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts von 2006/2007 siehe die Begründung zu dessen § 7 bei *Schauer,* Register 51 (»… können Ergebnisse erzielt werden, die einer Generalhypothek nahe kommen«); zum DCFR V.C.2. Vgl ferner insbesondere IV.E.2. zur englischen *floating charge.*

149 Hierzu *H. Wagner,* Generalverpfändung 69 ff. Um eine Pfandrechtsbegründung an solchen Vermögensgegenständen, die präsumptiv von der Generalhypothek ausgenommen waren, sei es dabei nicht gegangen. Vielmehr werde die – womöglich urkundlich fixierte – Einzelverpfändung insoweit zweckmäßig gewesen sein, um die Verfangenschaft wertvoller Vermögensstücke zu fixieren und deren Veruntreuung zu erschweren. Daneben werden sich Beweisvorteile ergeben haben und mag in der Frühphase die bestimmte, ausdrückliche Verpfändung wenigstens eines Kernbestands an Vermögenswerten für unentbehrlich gehalten worden sein.

entwickelten römischen Recht[150] ohnehin mit seinem gesamten Privatvermögen. Ein denkbares Motiv für die zusätzliche Bestellung eines Generalpfands könnte also darin bestehen, dem Gläubiger einen Zugriff auf Vermögenswerte des Schuldners auch dann noch zu sichern, wenn diese bei Fälligkeit der Schuld, etwa durch Verkauf, aus dem Vermögen des Verpflichteten bereits ausgeschieden sein sollten. Gerade hierin eine maßgebende Ursache für die praktische Verbreitung der römischen Generalhypothek zu sehen, erscheint mir aber doch eher zweifelhaft:[151] Hinsichtlich bedeutender Vermögenswerte scheint ohnehin die Begründung von Spezialpfändern neben der Generalhypothek die längste Zeit üblich gewesen zu sein; und in Bezug auf weniger wertvolle Sachen wird im Falle einer Veräußerung deren Verfolgung in die Hände des Dritten oft wohl als unverhältnismäßig aufwändig erschienen sein.

Vielleicht trifft man den Kern besser, wenn man davon ausgeht, dass im römischen Wirtschafts- und Gesellschaftsleben der Personalkredit, also die Kreditgewährung im Vertrauen auf die Verlässlichkeit und Leistungsfähigkeit des Schuldners, viel stärker im Vordergrund gestanden hat als heute. Der Generalhypothekierung durch den Schuldner selbst mag insoweit zunächst einmal die Funktion zugekommen sein, seiner persönlichen Haftung, die primäre Grundlage der Personalkreditentscheidung war, durch die Hypothek »eine Verstärkung und ein Vorrecht« *(Dernburg)*[152] zu verleihen. Das wird nicht nur dem Sicherungsbedürfnis des Gläubigers entgegengekommen sein; gut möglich, dass auch der Schuldner gegenüber einer Belastung seines gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens deutlich weniger Berührungsängste verspürt hat als dies heute typischerweise der Fall wäre. Mit dem Verlust allenfalls des gesamten Privatvermögens im Fall der Nichtzahlung musste der Schuldner aufgrund seiner persönlichen Haftung ohnehin rechnen; ein zusätzliches Risiko ergab sich durch die Generalhypothek insoweit nicht. Hingegen begibt sich der redliche Schuldner –

---

150 Für Frühstufen des römischen Rechts wird hingegen erwogen, dass durch Sachhingabe eine reine Sachhaftung begründet wurde, die noch kein Forderungsrecht voraussetzt, für welches der Schuldner persönlich haften würde. Auch für die frühen germanischen Rechte wird davon ausgegangen, dass Pfandhaftung zunächst reine Sachhaftung bedeutete. Vgl für das älteste römische Recht *Kaser,* Römisches Privatrecht I² 144, 148; *Koschaker* in einer Rezension zweier Beiträge von Noailles, ZSSt RomAbt 63 (1943) 457 (461 f), dort FN 9 auch Hinweise zu entsprechenden Entwicklungen im griechischen und altorientalischen Recht; für das germanische Recht *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 1 f, 7 f, 16 ff.

151 Vgl, wenngleich gemünzt auf spätere Zeiten, *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 173 FN 2, der meint, dieser pfandrechtliche Gedanke sei bei Generalpfandrechten »als praktisch undurchführbar wohl bedeutungslos« geblieben.

152 *Dernburg,* Pandekten I⁷ 642. Vgl auch *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 173, der meint, Generalhypotheken (mit ihren verschieden privilegierten Rechten, dazu alsbald im Text) hätten »an sich schon weniger den Charakter von eigentlichen Pfandrechten, als den einer besonderen Form privilegierter allgemeiner Vermögenshaftung« gehabt.

dem es also nicht darum geht, gegebenenfalls Vermögensstücke beiseite zu schaffen und dem Gläubigerzugriff zu entziehen – durch Vereinbarung einer Generalhypothek einmal der Möglichkeit, einem potentiellen späteren Gläubiger attraktive Sicherheiten anbieten zu können, zum anderen lassen sich pfandverfangene Sachen nicht zu einem vernünftigen Preis veräußern. Aber diese Nachteile sind vielleicht nicht so stark gewichtet worden; bzw wird man, wo für die Aufrechterhaltung eines Wirtschaftsbetriebs erforderlich, die Zustimmung des Pfandgläubigers zur lastenfreien Veräußerung im ordentlichen Geschäftsgang schon vorweg eingeholt, in anderen Fällen vielleicht darauf vertraut haben, dass der Gläubiger bei Bedarf in eine Freigabe einwilligen werde. Ob zudem wirtschaftliche Notlagen die Schuldner generell zur Einräumung weitestmöglicher Sicherheiten genötigt haben, um überhaupt Kredit zu erhalten, oder ob quasi umgekehrt eine in der Spätzeit platzgreifende Erstarrung des Wirtschaftslebens, in dem Berufe in weitem Umfang erblich werden und der Kreditbedarf erheblich zurückgeht, vorhandene Defizite im Pfandwesen zumindest leichter erträglich gemacht haben,[153] kann hier nicht beurteilt werden.

Ein zweites dürfte – zumindest sukzessive – hinzugekommen sein: Die Zulässigkeit besitzloser Pfandrechte birgt für einen Pfandnehmer immer das Risiko, dass gerade die zum Pfand genommene Sache bereits belastet und somit die Sicherheit entwertet sein könnte. Eine Ausweitung der Sicherungsobjekte könnte dieser Rechtsunsicherheit im Grundsatz Abhilfe schaffen.[154] Damit aber eröffnet sich gleichsam ein Kreislauf: Ist eine Generalverpfändung erst einmal möglich und einigermaßen üblich, wird ein Gläubiger schon deshalb Interesse an der Bestellung einer solchen Sicherheit haben, damit ihm nicht ein anderer, wenngleich späterer, General-Pfandgläubiger im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zuvorkommt. Allein die Möglichkeit ist damit an sich schon Motiv genug; und dieses Motiv wird leicht zum Selbstläufer. Ein Generalhypothekar absorbiert zwangsläufig alles noch nicht etwa durch Spezialpfänder gebundene Vermögen. Eine zweitrangige Generalhypothek ist für einen späteren Gläubiger allemal noch günstiger als die bloße persönliche Haftung, die als zwangsläufig letztrangig zunehmend entwertet wird. Daneben wird ein Staat, der auf sich hält, seine Steuereinnahmen und allenfalls sonstige als schutzwürdig erachtete Forderungen sichern wollen. In der Tat haben sich im römischen Rechtswesen im Lauf der

153 Letzteres annehmend *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II: Beiträge zur Dogmengeschichte, dann zur österreichischen, sächsischen und preußischen Gesetzgebung enthaltend (1910) 2 f, primär mit Bezug auf die unten angesprochenen Legalhypotheken.

154 IdS *Dernburg,* Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs I^5 (1894) 777: Aufgrund der Unsicherheit des römischen Pfandrechts in Bezug auf Vorlasten bzw betreffend die Eigentümerstellung des Verpfänders sei man zur Generalhypothek gedrängt worden, »damit der Umfang des Rechtes die Garantien ersetze, die man in Verpfändung einzelner Gegenstände nicht fand«.

Zeit – und zwar beginnend durchaus schon weit vor dem Durchbruch der vertraglichen Generalhypothek – eine große Anzahl an **gesetzlichen Spezial-** und auch **Generalpfandrechten** (bzw pfandrechtsähnlichen Sicherungen) herausgebildet.[155] Dass solche Legalpfandrechte unter dem Eindruck der zunehmenden Verbreitung vertraglicher Generalhypotheken im Umfang ebenfalls zu Generalpfandrechten ausgeweitet werden,[156] erscheint leicht verständlich. Dass dies umgekehrt private Gläubiger erst recht dazu veranlasst haben mag, sich Generalpfänder bestellen zu lassen, um sich gegebenenfalls noch Vermögensreste zu Verwertungszwecken sichern zu können,[157] ist nicht minder begreiflich.

4. Dies leitet unmittelbar über zu den **Problemen,** denen sich das römische Mobiliarpfandwesen wie das entwickelte römische Pfandwesen überhaupt ausgesetzt sah. Drei wesentliche Ingredienzien, die zu dem nach allgemeiner Auffassung letztlich recht desolaten Zustand dieses Bereichs beigetragen haben, sind schon benannt worden: die eben erörterte Ausbreitung der Generalhypotheken, ermöglicht erst durch die Zulässigkeit der Verpfändung ohne jegliche Besitzeinräumung,[158] und die ebenfalls gerade angesprochene zunehmende Verbreitung gesetzlicher Pfandrechte. Dieser zuletzt genannte Punkt ist noch ein wenig zu illustrieren: Ein gesetzliches Spezialpfandrecht hatte etwa das Mündelkind an der mit seinem Geld angeschafften Sache oder der Singular-Vermächtnisnehmer an demjenigen, was der Beschwerte seinerseits aus der Erbschaft erhalten hat.[159] Gesetzliche Generalhypotheken standen beispielswese zu: dem Fiskus für Steuerforderungen; Minderjährigen für ihre Forderungen gegen ihren Vormund aus der von diesem geführten Vermögensverwaltung; Kindern am Vermögen ihres Vaters bzw der Mutter

155 Hierzu namentlich *H. Wagner,* Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians) (1974). Die erste Legalhypothek des römischen Rechts wurde nach hA durch eine auf Augustus zurückgehende *lex Iulia de vicesima hereditatium* zur Sicherung von Erbschaftssteuerpachtforderungen eingeführt; ob es sich dabei auch schon um eine Generalhypothek gehandelt hat (so *Dernburg,* Pfandrecht I 336 f) oder ursprünglich nur Grundstücke pfandunterworfen sein sollten (dies für wahrscheinlicher haltend *H. Wagner* aaO 61 f, 68), kann hier dahinstehen.

156 So zu der in FN 155 erwähnten *lex Iulia* abermals *H. Wagner,* Legalhypotheken 68. Besonders kritisch *E. Demelius,* Pfandrecht 141 mit FN 2, der geltend macht, allein die Möglichkeit der vertraglichen Generalverpfändung habe notwendigerweise zur Einführung einer großen Anzahl gesetzlicher Spezial- und Generalhypotheken führen müssen.

157 So resümiert *Dernburg,* Pandekten I⁷ 648 f, durch die Generalhypothek »konnten sich einzelne Gläubiger ein Vorrecht zum Nachteil der übrigen beliebig schaffen. Man suchte ein Gegengewicht zu den zahlreichen gesetzlichen Spezial- und Generalhypotheken, welche besonders zu begünstigenden Forderungen zu gute kamen. Im Grunde wurde damit das Übel nur ärger.«

158 Oben II.A.3.

159 Überblick – auch zu den nachfolgenden Beispielen gesetzlicher Generalhypotheken – bei *Windscheid/Kipp,* Pandekten I⁹ 1159 ff; eingehend die über hundert Seiten starke Abhandlung bei *Dernburg,* Pfandrecht I 291 ff. Zur Dotalhypothek eingehend etwa *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen I 67 ff, dort 129 ff auch zur Mündelhypothek.

für bestimmte Forderungen; der Ehefrau am Vermögen des Mannes wegen ihrer Forderungen unter anderem auf Herausgabe der Mitgift bei Auflösung der Ehe (Dotalhypothek); umgekehrt dem Ehemann am Vermögen desjenigen, der ihm eine Mitgift versprochen hat; später kamen noch Generalhypotheken etwa der Kirchen am Vermögen ihrer Erbpächter wegen Verschlechterung des Pachtguts bzw am Vermögen ihrer Verwalter hinzu. Der Kurzüberblick macht deutlich, dass gesetzliche Pfandrechte in großem Ausmaß familien-, teils erbrechtlichen Zwecken gedient haben. Mit einer wesentlichen Konsequenz: Ihre Verbreitung unter einfachen natürlichen Personen, auch solchen, die keine nennenswerten wirtschaftlichen Tätigkeiten entfalteten, muss ganz erheblich gewesen sein.

Schließlich ist noch eine vierte Ursache zu ergänzen: In zunehmender Anzahl wurden **Rangprivilegien** anerkannt, die der allgemeinen *prior-tempore*-Regel derogieren. Diese reichen von vergleichsweise einfachen und einsichtigen Fällen wie bei Verwendung des von einem späteren Kreditgeber erhaltenen Betrags zur Erhaltung der Pfandsache (Ulpian D 20, 4, 5) über eine Privilegierung von Dotalhypotheken durch Justinian (C 8, 17(18), 12) bis zum Vorrang der späteren Generalhypothek des Fiskus gegenüber einer früheren durch Vertrag unter Privaten begründeten Generalhypothek in Bezug auf das bei der früheren Pfandrechtsbegründung noch nicht vorhandene Vermögen (Ulpian D 49, 14, 28).[160]

Folgeprobleme insbesondere der Besitzentkopplung und der dadurch ermöglichten Mehrfachverpfändung ließen offensichtlich nicht auf sich warten: Als besonders gefährliche Form betrügerischen Zusammenwirkens zwischen Pfandbesteller und Neugläubiger scheint in relevantem Ausmaß versucht worden zu sein, Hypothekenurkunden mit einem gefälschten Datum zu versehen, um dem in Wahrheit späteren Pfandrecht einen Altersvorzug vor früher bestellten zu sichern. Vor dem Hintergrund solcher Vorkommnisse und vielleicht auch ganz allgemein zunehmender Schwierigkeiten einer Prioritätenbestimmung nach dem *prior-tempore*-Grundsatz hat Kaiser Leo im Jahr 472 n Chr verordnet, dass ein Pfandrecht, dessen Bestellung durch öffentlich errichtete Urkunde *(instrumentum publice confectum)* oder in einer handschriftlich von mindestens drei Zeugen unterschriebenen Urkunde dokumentiert war, Vorrang gegenüber älteren Sicherungsrechten haben soll, die nicht diese Voraussetzungen erfüllten (C 8, 17(18), 11, 1).[161]

160 Ausführliche Abhandlung der gesetzlichen Rangprivilegien bei *Dernburg,* Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts II (1864) 427 ff; einführend *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 418 ff; zu dem zuletzt genannten Fall aus jüngerer Zeit auch *H. Wagner,* Legalhypotheken 180 ff.

161 Näher hierzu etwa wieder *Dernburg,* Pfandrecht II 417 ff.

5. Akzessorietät und Besicherung künftiger Forderungen; Erstreckung der Pfandhaftung auf weitere Forderungen

Das römische Pfandrecht ist – wie im geltenden Recht – ein akzessorisches Sicherungsrecht, also vom Bestand der gesicherten Forderung abhängig. Dies gilt für das Entstehen des Pfandrechts ebenso wie für seinen Fortbestand.[162]

1. Von besonderem Interesse in Hinblick auf das geltende Recht und dessen allfällige künftige Entwicklung ist in diesem Zusammenhang die **Pfandbestellung für** eine erst **in Zukunft entstehende Forderung.** Die Lösung dieser Frage im römischen Recht scheint bis heute umstritten. Verbreitet wurde bzw wird nach wie vor gelehrt, dass infolge der Akzessorietät des Pfandrechts ein solches erst mit Entstehen der zu sichernden Forderung entstehen kann und dieser Zeitpunkt auch der für die Rangordnung maßgebliche sei.[163] Die hierfür angeführten Quellenbelege handeln regelmäßig von der Pfandbestellung für ein versprochenes, aber noch nicht zugezähltes Darlehen. Wird die Pfandsache vor Auszahlung des Betrags verkauft und übergeben oder nochmals – für eine bereits bestehende Schuld – an einen Dritten verpfändet, erwirbt der Sacherwerber unbelastet (Paulus D 20, 3, 4) bzw geht der spätere dritte Pfandgläubiger im Rang vor (Gaius D 20, 4, 11, pr; Papinian D 20, 4, 1, 1). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass das künftige Entstehen der zu sichernden Rückzahlungsschuld zuvor noch völlig im Belieben des Pfandbestellers stand, da ja die Möglichkeit bestehe, er werde den Empfang der Darlehenssumme ausschlagen.[164]

Die gegenteilige Position – die sich im geltenden Recht letztlich durchgesetzt hat[165] – hat zum römischen Recht schon *Dernburg* vertreten:[166] Das Akzessorietätsprinzip stehe der Begründung eines Pfandrechts für eine künftige Schuld nicht entgegen, egal ob das die Forderung begründende Rechtsverhältnis (etwa ein Mietvertrag) bereits besteht oder nicht (zB bei künftig zu gewährendem Kredit). *Dernburg* verweist zum einen auf die entsprechende Behandlung der Bürgschaft im

162 Vgl allgemein *Kaser,* Römisches Privatrecht I[2] 465, 468; *Windscheid/Kipp,* Pandekten I[9] 1129 ff; ausführlich *Dernburg,* Pfandrecht I 514 ff.

163 Vgl jüngst etwa *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 421; Nw zur älteren Lehre bei *Dernburg,* Pfandrecht I 518 (der selbst anderes vertritt, siehe sogleich im Text).

164 Ausdrücklich Paulus D 20, 3, 4 und Gaius D 20, 4, 11, pr. In der drittgenannten Stelle Papinian D 20, 4, 1, 1 liegt dieselbe Begründung in Zusammenschau mit dem Vorgängerfragment Papinian D 20, 4, 1, pr immerhin nahe.

165 Vgl ausdrücklich § 1113 Abs 2 bzw § 1204 Abs 2 BGB, wonach eine Hypothek bzw ein Pfandrecht an beweglichen Sachen »auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden« kann. Für Österreich vgl bloß *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] (2019) 186 (Rz 9/3) mwN.

166 *Dernburg,* Pfandrecht I 518 ff; hierzu etwa *Mincke,* Die Akzessorietät des Pfandrechts – Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts (1987) 76 f, 81 ff. Zur Möglichkeit der Pfandsicherung eines Kontokorrentkredits ferner *Dernburg* aaO 535 ff (bejahend, allerdings ohne quellenmäßige Unterlegung).

römischen Recht und führt daneben spezifisch pfandrechtliches Quellenmaterial an, etwa African D 20, 4, 9, 1 und 2.[167] Nach *Dernburg* liegt das Wesen der Akzessorietät darin, dass das Pfandrecht der Forderung ausschließlich dient, weshalb es auch mit Erreichen dieses Ziels erlischt. »Daher hindert nichts, daß es dem Hauptrecht zu dessen besserm Dienst zeitlich vorangeht«.[168] Dem stehe auch in Hinblick auf die Interessenlage nichts entgegen: Ältere dingliche Rechte werden nicht berührt, spätere Pfandberechtigte oder Sacherwerber können sich nicht beklagen, wenn sie die Last, wie andere Belastungen auch, übernehmen müssen.[169] Ein solches Pfandrecht existiere freilich »nur für den Fall der künftigen Entstehung der Pfandschuld. Das Verhältnis ist in pendenti«, gerade wie bei der Bürgschaft,[170] und »erlischt …, als hätte es nie bestanden, sowie es gewiss wird, daß die erwartete Pfandschuld nicht zur Existenz kommt«.[171] Auch in der Schwebephase vor Entstehung der Forderung entfalte das Pfandrecht bereits Wirkungen; der Faustpfandgläubiger kann sich etwa im Besitz halten, Rechtsschutzinstrumente gegen Schuldner und Dritte stehen bereits zu. Und schließlich richtet sich nach der *Dernburgschen* Lösung auch die Rangordnung nach dem Bestellungszeitpunkt und nicht nach dem künftigen Entstehen der Forderung. Ein später bestelltes weiteres Pfandrecht an derselben Sache geht somit im Rang nach; ihm kommt in der Zwischenzeit auch kein Verkaufsrecht zu.[172] Andere sprechen vor dem Entstehen der besicherten Forderung von »Pfandgebundenheit«: Der Pfandvertrag bestimme bereits die Priorität des Pfandrechts, auch wenn dieses erst später entstehen könne.[173] Ob bei Pfandbestellung für eine künftige Forderung ein Pfandrecht sofort entsteht oder erst mit der Forderung, hängt für *Dernburg* übrigens letztlich vom gemeinsamen Parteiwillen ab. Ist ein solcher nicht ermittelbar, hilft er mit Vermutungsregeln.[174]

2. Ein zweiter Fragenkreis lässt sich hier anschließen, auch wenn der Bezug zum Akzessorietätsgrundsatz ein zum Teil nur mittelbarer ist und Akzessorietäts-

167 In Fragment 1 wird ein bedingter Pfandgläubiger gegenüber einem späteren Gläubiger einer unbedingten Forderung für schutzwürdig erklärt, nach Fragment 2 geht das Pfandrecht zur Sicherung bedingt zugewendeter Vermächtnisse dem später bestellten Pfandrecht zur Sicherung einer unbedingten Darlehensschuld vor.

168 *Dernburg,* Pfandrecht I 520.

169 *Dernburg,* Pfandrecht I 521.

170 *Dernburg,* Pfandrecht I 526.

171 *Dernburg,* Pfandrecht I 527.

172 *Dernburg,* Pfandrecht I 527; vgl auch *Dernburg,* Pandekten I[7] 668.

173 So etwa *Wendt,* Lehrbuch der Pandekten (1888) 426 f; zumindest für den praktischen Fall der Sicherung eines gewährten, aber erst künftig auszuzahlenden Kredits auch *Windscheid/Kipp,* Pandekten I[9] 1231 f (diese bei Pfandsicherung künftiger Forderungen jedoch grundsätzlich für Prioritätswirkung mit Existentwerden der Forderung).

174 Näher *Dernburg,* Pfandrecht I 527 ff. Kritisch zu diesem Ansatz *Mincke,* Akzessorietät 82 f, da privatautonome rechtsgeschäftliche Gestaltung in ihrer Wirkungsweise im Gegensatz zur zwingenden Akzessorietät stehe.

gesichtspunkte bei dessen Bewältigung nicht unbedingt eine zentrale Rolle spielen müssen: Wie hält es das römische Recht mit einer »**Erstreckung**« **des Pfandrechts** auf sonstige Forderungen des Pfandgläubigers gegen den Schuldner; sei es, dass diese bei der Pfandbestellung für den »Anlasskredit« bereits bestehen, sei es, dass diese erst später begründet werden?

Zunächst kann festgehalten werden, dass in den Quellen (unter Privaten vereinbarte) pfandrechtliche Globalhaftungen im Sinne einer Besicherung aller gegenwärtiger und zukünftiger Verbindlichkeiten, beispielsweise aus einer Geschäftsverbindung, soweit ersichtlich nicht zum Thema gemacht werden. Gleiches gilt für »Erstreckungsklauseln«, vermöge derer das für eine bestimmte Forderung bestellte Pfand in großem Umfang für sonstige Schulden haften soll.

Zumindest funktional hat sich eine Erstreckung der Pfandhaftung – man könnte sogar sagen: eine funktionale Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips – allerdings durch eine Verordnung Kaiser Gordians III. aus dem Jahr 239 n Chr ergeben (C 8, 26 [27], 1): Danach kann ein Pfandgläubiger, der sich in Besitz der (beweglichen oder unbeweglichen) Pfandsache befindet, die Rückstellung derselben auch nach Tilgung der besicherten Forderung verweigern, wenn weitere, **ungesicherte Forderungen** gegen den Schuldner unberichtigt aushaften. Einer diesbezüglichen Parteienvereinbarung bedarf es nicht. Die überwiegende Auffassung einschließlich der nachfolgenden byzantinischen Praxis und später der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre versteht diese Befugnis als Zurückbehaltungsrecht (sog **Gordianisches Retentionsrecht**), nach einer jüngeren Untersuchung *Schanbachers* liegt quasi ein Mittelding zwischen Retentions- und Pfandrecht vor.[175] Hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen im Einzelnen scheint vieles strittig, bedarf hier allerdings keines eingehenden Referats.[176] Das Gordianische Retentionsrecht hat sich in der gemeinrechtlichen Doktrin lange

175 Eingehend *Schanbacher,* Beobachtungen zum sog. ›pignus Gordianum‹, ZSSt RomAbt 114 (1997) 233 mit ausführlichen Nw zum Meinungsstand (245 f). Nach *Schanbachers* Auffassung wird zwar nicht das Pfandrecht materiell auf die ursprünglich ungesicherten Forderungen erstreckt, dem Gläubiger werden aber Pfandklage und Pfandeinrede, somit die aktionenrechtlichen Grundlagen des Pfandrechts, zuerkannt (256 ff). Näher – auf Grundlage des retentionsrechtlichen Ansatzes – namentlich auch *Dernburg,* Pfandrecht II 94 ff.

176 Für Näheres kann auf *Dernburg,* Pfandrecht II 98 ff verwiesen werden. Nach *Dernburg* besteht das Retentionsrecht nur für chirographische (handschriftlich dokumentierte) Geldkreditforderungen (99) und setzt Fälligkeit der Forderung voraus, weil sonst ein indirekter Zwang zu einer Erfüllung bestünde, die dem Schuldner noch nicht obliegt (100, str). Die Forderung kann vor oder nach Pfandbestellung begründet worden sein (100 f); ob das Retentionsrecht auch zulasten eines bloßen Drittpfandbestellers wirkt, scheint strittig (102). Hinsichtlich der Wirkungen geht *Dernburg* davon aus, dass die Stärke eines Pfandrechts nicht erreicht wird. Insbesondere bestehe kein Verkaufsrecht; wohl aber die Möglichkeit, den Schuldner aus dem Chirographum zu verklagen und die Pfandsache als Exekutionsobjekt in Beschlag zu nehmen (105). Schon aus dem Text der Konstitution ergibt sich, dass das Retentionsrecht einem zweitrangigen Pfandgläubiger nicht entgegengehalten werden kann.

gehalten[177] und in teilweise abgeänderter Form letztlich auch Eingang in einige neuzeitliche Kodifikationen gefunden.[178] Einen seiner letzten namhaften Befürworter in der pandektistischen Doktrin hat es in *Dernburg* gefunden. Dieser sieht die Retention der Pfandsache für ungesicherte Forderungen durch besondere Gründe der Billigkeit und Zweckmäßigkeit gerechtfertigt, insbesondere weil der Gläubiger dem Schuldner durch Kreditieren »auf Handschrift« erhebliches Vertrauen erweise, welches die Anerkennung des Schuldners verdiene. Dem widerspräche es, würde der Schuldner vor Erfüllung all seiner Verpflichtungen die Sache, die einmal als Pfand gedient habe und aus der sich der Gläubiger eventuell Deckung verspreche, diesem »zu entreißen such[en]«. Auch sei der Geldgeber im Vergleich zum Schuldner typischerweise als der »öconomisch sichere Theil« anzusehen, weshalb es verkehrt wäre, diesen »mit seinen Ansprüchen an den zweifelhaften Schuldner in die Ferne zu verweisen«.[179] *Johow,* Redaktor des Vorentwurfs zum Sachenrecht des BGB, ist dieser Argumentation nicht mehr gefolgt: Das Pfandrecht soll jene Forderung sichern, derentwegen es bestellt wurde, andere Forderungen sollen hiermit nicht künstlich verknüpft werden.[180] Dies entspricht dem Grundsatz, dass das Pfand für eine (oder mehrere) bestimmte Forderung(en) haften soll,[181] daneben auch jenem der Akzessorietät, demzufolge die Haftung mit der Erfüllung der besicherten Forderung endet.

6. Verwertung der Sicherheit

Angesichts jüngerer Entwicklungen wie der Tendenz zur Forcierung außergerichtlicher Pfandverwertung (siehe etwa §§ 466a ff ABGB; Buch IX, Kapitel 7 DCFR) und der grundsätzlichen Anerkennung, wenn auch innerhalb bestimmter Grenzen, von Aneignungsrechten zu Zwecken der Sicherheitenverwertung in Finanzsicherheiten-RL bzw Finanzsicherheiten-Gesetz[182] sowie wiederum im DCFR (IX.–7:105,

177 Vgl etwa *Coing,* Europäisches Privatrecht I 329; *ders,* Europäisches Privatrecht II (1989) 416.

178 Vgl die Hinweise bei *Schanbacher,* ZSSt RomAbt 114 (1997) 233 (236 f): übernommen demnach etwa in Frankreich (Art 2082 Abs 2 Cc idF von 1804), Italien (Art 1888 Abs 2 Cc 1865 und Art 2794 Abs 2 Cc 1942) sowie im deutschen Handelsrecht in Art 313 ff ADHGB 1861. Das BGB hat es hingegen verworfen (näher *Schanbacher* aaO 233 ff), ebenso zuvor das preußische ALR von 1794 und unter dessen Einfluss das ABGB 1811 (vgl die Einschränkungen in § 471 ABGB). *Schanbacher* sieht das Gordianische Retentionsrecht in Anschluss an das ADHGB auch in den §§ 369 ff HGB 1897 fortwirken (denen im österreichischen Recht im Wesentlichen die §§ 369 ff UGB entsprechen; eine vorangehende Pfandbestellung ist dort freilich nicht vorausgesetzt); aA *Altmeppen,* Zur Rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte, ZHR 157 (1993) 541.

179 Siehe *Dernburg,* Pfandrecht II 95 f.

180 Vgl *Johow,* Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Sachenrecht II (1880) 1880 f, publiziert in *Schubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht II (1982) 852 f.

181 *Schanbacher,* ZSSt RomAbt 114 (1997) 233 (239: »Spezialität«).

182 Vgl §§ 5, 10 FinSG und Art 4 Finanzsicherheiten-RL 2002/47/EG idF RL 2009/44/EG.

IX.–7:216) seien auch diesbezüglich einige Grundzüge des römischen Rechts und der gemeinrechtlichen Entwicklung kurz skizziert. Die Ausführungen konzentrieren sich auf das Pfandrecht.

1. Die Befriedigung des Gläubigers aus der Pfandsache erfolgte nach römischem Recht grundsätzlich im Rahmen **privater Pfandverwertung,** also außergerichtlich. Und zwar war nach hA das römische Vertragspfand – nachdem für Urzeiten sogar eine reine Pfandhaftung als wahrscheinlich angesehen wird – zunächst **Verfallspfand,** die Sache fiel also, wenn sie nicht rechtzeitig eingelöst wurde, dem Pfandgläubiger von selbst ins Eigentum zu.[183] Auf wertmäßige Äquivalenz zwischen Schuld und Pfandobjekt war damit vor der Pfandbestellung zu achten. Mit der Zeit wurde diese Form der Verwertung, wohl wegen der ihr immanenten Wuchergefahr, zunehmend unpopulär; man ging zur (weiterhin außergerichtlichen) Verwertung durch **Pfandverkauf** über. Dieser musste ursprünglich ausdrücklich vereinbart werden; schließlich allerdings ist der Pfandverkauf so allgemein durchgedrungen, dass er auch ohne besondere Verabredung als stillschweigend bedungener Inhalt der Pfandabrede gilt. Das gilt im Ergebnis für das Pfandrecht ebenso wie für das Sicherungseigentum *(fiducia);* im ersten Fall enthielt die (zuletzt stillschweigende) Abrede auch eine Ermächtigung zur Eigentumsverschaffung an den Käufer. Ein allfälliger Verwertungsüberschuss *(superfluum, hyperocha)* war jedenfalls im entwickelten Recht herauszugeben.[184] Während also die Realisierung der Pfandsache selbst durch Privatverkauf, allenfalls im Wege einer Verkaufsvollmacht durch einen Dritten erfolgt, bedient sich der Pfandgläubiger gerichtlicher Hilfe (in Form der *actio Serviana)* erforderlichenfalls in einem gleichsam vorbereitenden Stadium, nämlich um sich – zwecks Verwertung – in den Besitz der Sache zu setzen.[185]

2. War in dieser späteren Zeit dennoch **Verwertung im Wege eines Eigentumserwerbs** des Pfandgläubigers gewollt, musste dies vertraglich vereinbart werden. Dabei waren unterschiedliche Konstruktionen denkbar, wobei in spätklassischer Zeit insbesondere die Vereinbarung eines Verkaufs der Pfandsache durch den

183 Vgl *Kaser,* Studien 15 ff, 72 f, 228; *Manigk,* »Pignus«, in Paulys Realencyclopädie XX/1 (1941) Sp 1248 ff und *Manigk,* »Hypotheca«, aaO IX/1 Sp 355; ausführlich jüngst *Verhagen,* Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht – Dingliche Sicherheit im Recht der Sulpizier, TR 79 (2011) 1. Nw zum Meinungsstand ferner bei *Wacke,* Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts, ZSSt RomAbt 115 (1998) 168 (170 f), der sich selbst gegen die These vom Verfallspfand als Ausgangsmodell des römischen *pignus* stellt (172 ff).

184 Näher hierzu wieder *Kaser,* Studien 73 ff; *Manigk,* »Pignus« in Paulys Realencyclopädie XX/1 Sp 1256 ff; zur Entwicklung des Verkaufsrechts vgl auch *Dernburg,* Pfandrecht I 84 ff. Die Darstellungen divergieren zT hinsichtlich der zeitlichen Einordnung der einzelnen Entwicklungsschritte, was für die hier verfolgten Zwecke allerdings ohne besondere Relevanz ist.

185 Vgl etwa *Windscheid/Kipp,* Pandekten I⁹ 1126 f.

Schuldner an den Gläubiger und jene einer *datio in solutum* (Leistung des Pfands an Zahlungs statt) vorgekommen sein dürften.[186] Diese kommen einer unmittelbar auf Pfandverfall gerichteten Klausel funktional jedenfalls sehr nahe.[187] Etliche Digestenstellen und Kaiserkonstitutionen belegen, dass die Juristen dieser Zeit bestrebt waren, allfällige Gefährdungen des Pfandbestellers selbst – in Gestalt wucherischer Ausbeutung durch Bestellung eines gegenüber der Forderung deutlich höherwertigen Pfands – als auch dritter, am Geschäft nicht unmittelbar beteiligter Personen bei derartigen Vereinbarungen hintanzuhalten. So traten etwa die Wirkungen eines Kaufs durch den Gläubiger nachrangigen Pfandgläubigern gegenüber nicht ein; diese behielten ihr *ius offerendi,* um einen angemessenen Verwertungserlös allenfalls selbst sicherstellen zu können. Auch blieb im Fall des Verkaufs des Pfands vom erstrangigen Gläubiger an einen nachrangigen dem Schuldner die Befugnis, das Pfand durch Zahlung der Schuld einzulösen. Bei der *datio in solutum* wurden unterschiedliche Ansätze zum Schutz des Schuldners gegen Übervorteilung vertreten; etwa indem ihm das Recht belassen wurde, die eigentlich geschuldete Leistung zu erbringen, das Geschäft für unwirksam erklärt oder die Vereinbarung in eine Verkaufsabrede umgedeutet wurde.[188] Grundsätzlich werden derartige Abreden also, wenngleich in Grenzen und mit bestimmten Einschränkungen, für wirksam erachtet.

Mit dem wirtschaftlichen Niedergang der Folgezeit scheinen sich die Probleme in Zusammenhang mit Verfallsabreden allerdings verschärft zu haben. Vermutlich hat allgemeine Kreditnot die Schuldner leichtfertiger in drückende Klauseln einwilligen lassen und es Kreditgebern leicht gemacht, überhöhte Sicherheiten durchzusetzen.[189] Kaiser Konstantin reagiert im Jahre 320 n Chr und erklärt per Erlass Verfallsklauseln (die er als ***lex commissoria*** bezeichnet) als verboten und unwirksam (Codex Theodosianus 3, 2, 1; von Justinian fast wortgleich

186 Dies und das Folgende insbesondere nach *Peters,* Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen Recht, in *Medicus/Seiler* (Hrsg), Studien im römischen Recht (1973) 137 (140 ff). Vgl etwa auch, mit Unterschieden im Einzelnen, *Levy,* Vulgarrecht 186 ff; *Verhagen,* Die Vereinbarung des Pfandverfalls im *ius commune,* ZEuP 2011, 109 (114 ff); *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 (1998) 168 (186 ff); in größeren Teilen überholt wohl *Dernburg,* Pfandrecht II 276 ff.

187 *Verhagen,* ZEuP 2011, 109 (114 f) kennzeichnet sie demgemäß als »uneigentliche« Verfallsabreden, im Gegensatz zur »eigentlichen«, die den Eigentumserwerb des Pfandgläubigers direkt bewirke, ohne dass hierfür ein anderer Rechtsgrund (Kauf, Leistung an Zahlungs statt) erforderlich wäre. Vgl etwa auch *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 (1998) 168 (187, 189; »wirkungsmäßig gleichkommende Abreden«, »Surrogate«).

188 Im Einzelnen sei hier auf *Peters* in *Medicus/Seiler,* Studien 137 (145 ff) und die dort erörterten Belegstellen aus dem Corpus Iuris verwiesen.

189 Die negative Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse wird regelmäßig als Auslöser der sogleich anzusprechenden Konstitution Konstantins gesehen; vgl etwa *Levy,* Vulgarrecht 190; *Kaser,* Römisches Privatrecht II² 319 f; *Peters* in *Medicus/Seiler,* Studien 137 (161 f); *Dernburg,* Pfandrecht II 274. Vgl auch *Verhagen,* ZEuP 2011, 109 (122), der als Motiv für die Vereinbarung eines Pfandverfalls zusätzlich den Gedanken einer Inflationssicherung ins Spiel bringt.

übernommen in C 8, 34 [35], 3). Das gemeine Recht hat das Verbot der *lex commissoria* bei der Pfandverwertung rezipiert; von dort aus hat es mit teilweise leicht unterschiedlichen Nuancen in die kontinentaleuropäischen Kodifikationen Einzug gehalten.[190] Sein genaues Verständnis hat wohl zu allen Zeiten Schwierigkeiten bereitet. Warum?

Konstantins Erlass trifft selbst keine Aussage dazu, welcher Vertragsinhalt oder allenfalls welche Begleitumstände des Abschlusses einer solchen Vereinbarung als verpönt und damit verboten angesehen werden. Der Begriff *lex commissoria* ist in Zusammenhang mit der Pfandverwertung in den Quellen auch sonst nicht als Terminus technicus gebraucht. Klar ist lediglich, dass es sich um eine Abrede handelt, vermöge derer der Pfandgläubiger das Eigentum am Pfandobjekt erwerben soll. Da nun aber Justinian nicht nur Konstantins Verbot, sondern auch die oben angesprochenen Digestenfragmente und sonstigen Kaiserkonstitutionen, die von der grundsätzlichen Zulässigkeit einschlägiger Abreden ausgehen,[191] übernommen hat, kann schwerlich davon ausgegangen werden, dass nach justinianischem Recht sämtliche Vereinbarungen, die auf einen Eigentumserwerb des Pfandgläubigers hinauslaufen, als *»lex commissoria«* unwirksam sein sollen.

Worin aber genau die Unterschiede zwischen erlaubter und unerlaubter Abrede liegen sollen, lässt sich nicht mit Bestimmtheit ermitteln und ist dementsprechend umstritten.[192] *Peters* – dies sei hier zur Illustration angefügt – nennt folgende Parameter als mögliche Charakteristika einer verbotenen *lex commissoria,* wobei er ausdrücklich offenlegt, dass es sich hierbei um nicht mehr als um Vermutungen handeln könne: Der Pfanderwerb durch den Gläubiger werde erstens nur

---

190 Zum mittelalterlichen und gemeinen Recht insbesondere *Verhagen,* ZEuP 2011, 109 (125 ff). Aus den europäischen Kodifikationen etwa §§ 1371 f ABGB, § 1229 BGB. In Frankreich enthielt Art 2078 Cc aF bis zur großen Reform des Mobiliarsicherungsrechts 2006 ein Verbot des *pacte commissoire.*

191 Oben bei FN 188.

192 Das Obige wieder in Anschluss an *Peters* in *Medicus/Seiler,* Studien 137 (162 ff); dort auch zu den im modernen Schrifttum hauptsächlich vertretenen Auffassungen: Nach *Burdese,* Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus (1949) 110 ff habe die *lex commissoria* bereits im klassischen Recht neben den oben erwähnten Konstruktionen des Verkaufs an den Gläubiger und der *datio in solutum* als eigenes Rechtsinstitut bestanden, was sich allerdings quellenmäßig nicht belegen lasse und auch aus anderen Gründen unwahrscheinlich sei *(Peters* aaO 162 f). *Kaser,* Rezension zu Burdese, Lex commissoria, ZSSt RomAbt 67 (1950) 557 (564 f) und andere vermuten hinter der *»lex commissoria«* Konstantins eine erst im Vulgarrecht aufgekommene Vertragspraxis (zustimmend etwa *Wacke,* ZSSt RomAbt 115 [1998] 168 [189]). *Peters* selbst hält für wahrscheinlich, dass die *lex commissoria* Konstantins konstruktiv letztlich den schon genannten spätklassischen Konstruktionen des Verkaufs (insoweit gleichsinnig *Levy,* Vulgarrecht 188 ff) und der *datio in solutum* entspricht, diese aber nicht generell als unwirksame *lex commissoria* zu qualifizieren seien, sondern nur, wenn sie bestimmte Merkmale aufweisen, über die sich allerdings nur Vermutungen anstellen ließen (siehe sogleich im Text). Für scharfe Unterscheidung zwischen (erlaubtem) Verkauf an den Gläubiger und (verbotener) *lex commissoria* hingegen *Dernburg,* Pfandrecht II 279 ff.

dann unter das konstantinische Verbot gefallen sein, wenn er unter der Bedingung stand, dass die gesicherte Schuld nicht rechtzeitig zurückgezahlt wurde. Zweitens – schon vorsichtiger – könnte ein besonderes Missverhältnis zwischen Sachwert und Forderung erforderlich gewesen sein. Denkbar sei ferner, dass eine *lex commissoria* insbesondere dann angenommen worden sei, wenn bereits ein Teil der Schuld beglichen gewesen sei und der Kauf um den Restbetrag der Forderung erfolgen sollte, da in diesem Fall der Gläubiger sowohl die schon gezahlten Raten behalten als auch die Pfandsache um einen geringen Preis sich zueignen könnte,[193] was in der Tat eine besondere Ausbeutung des Schuldners bedeute. Möglich sei schließlich, dass Konstantin nur solche Verfallsabreden treffen wollte, die der Gläubiger dem Pfandschuldner unter Druck abgenötigt hat.[194] Dass das über Jahrhunderte tradierte Verbot der *lex commissoria* beständig Unsicherheit und Abgrenzungsschwierigkeiten hervorgerufen hat, nimmt somit nicht Wunder.

So unklar die Voraussetzungen und Grenzen des Verbots Konstantins sind, über seine Wirkung besteht im Wesentlichen Einigkeit: Unwirksam – genauer wohl: anfechtbar – ist nicht etwa die Verpfändung als solche, sondern die Verfallsabrede. Der Verpfänder bleibt Eigentümer, das Pfand haftet weiter für die weiterhin fällige Schuld, der Schuldner kann die Sache durch Zahlung weiterhin auslösen. Der wesentliche Effekt, abgesehen vom bezweckten Schutz gegen wucherische Übervorteilung, ist de facto ein Zahlungsaufschub.[195]

3. Zur gemeinrechtlichen Entwicklung ist zu ergänzen, dass zur privaten Pfandverwertung durch den Gläubiger verstärkt die gerichtliche, auf Realisierung im Wege gerichtlicher Versteigerung gerichtete Verwertung hinzutritt. Jedenfalls im deutschsprachigen Raum wird Letztere immer mehr zur Norm; eine Gegenbewegung ist erst wieder gegen Ende des 19. Jahrhunderts auszumachen.[196]

---

193 Der Gedanke geht zurück auf *Dernburg,* Pfandrecht II 278.

194 Siehe *Peters* in *Medicus/Seiler,* Studien 137 (164 f). Teils ähnlich nennt *Verhagen,* ZEuP 2011, 109 (124 f) als zwei kumulative Voraussetzungen der Unwirksamkeit, dass erstens die Verfallsabrede an eine zukünftige Säumnis anknüpfen müsse (weshalb Vereinbarungen nach Pfandreife wirksam seien), und zweitens trete Unwirksamkeit nur ein, wenn ein Mehrwert des Pfandgegenstands dem Pfandgläubiger zukommt.

195 Vgl *Kaser,* Römisches Privatrecht II² 320; *Peters* in *Medicus/Seiler,* Studien 137 (165); *Dernburg,* Pfandrecht II 275 f; *Levy,* Vulgarrecht 191 f.

196 Siehe im Einzelnen *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 186 ff mwN zu Einzeluntersuchungen des österreichischen Rechts und verschiedener deutscher Rechte in den vorangehenden Kapiteln seiner Abhandlung; aaO 186 f auch Hinweis auf die Bedeutung der analogen Entwicklung auf dem Gebiet des exekutiven Pfandrechts für die Geschichte der Pfandverwertung beim Vertragspfand. Vgl ferner den Überblick bei *Coing,* Europäisches Privatrecht I 328.

7. Resümee und kurzer Blick auf zentrale Entwicklungen im gemeinen Recht

Das Kapitel zu den Grundlagen des modernen Mobiliarsicherungsrechts im römischen Recht schließt mit einem Resümee und einem Ausblick auf einige zentrale Entwicklungslinien im gemeinen Recht. Der Überblicksteil bezweckt allerdings weniger eine kompakte Zusammenfassung der oben dargestellten Rechtslage; das Augenmerk gilt eher den Problemen, an denen das römische Pfandrechtswesen in seiner endgültigen Ausprägungsform gelitten hat und die mit der Rezeption grundsätzlich auch auf das gemeine Recht überkommen sind. Dementsprechend wird auch der Blick auf die gemeinrechtlichen Entwicklungen nur ein sehr unvollkommener sein und wird sich schon allein aufgrund der starken nationalen Verästelungen auf einige Schlaglichter beschränken müssen. Der Mut zur Lücke schadet hier auch nicht besonders: Die für die weitere Entwicklung herauf ins geltende Recht entscheidenden Schritte wurden durchwegs erst in der Kodifikationszeit gesetzt, der weiter unten ein eigenes Kapitel gewidmet ist.[197] Für einige Einzelpunkte kann daneben auf bereits Ausgeführtes verwiesen werden.[198]

1. Ein **Kurzresümee zum Zustand des römischen Mobiliarsicherungswesens,** wie es Justinian kodifiziert hat, lässt sich nach dem Gesagten wie folgt ziehen: Als grundsätzlich einzige Rechtsform der Mobiliarbesicherung verbleibt das Pfandrecht; die Sicherungsübereignung *(fiducia cum creditore contracta)* ist außer Übung geraten und im Corpus Iuris beseitigt worden.[199] Das Pfandrecht kann an beweglichen Sachen durch Übergabe (Besitzpfand) oder völlig formlos begründet werden (Hypothek), wobei insbesondere auch die Verpfändung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens (Generalhypothek) allgemeine Verbreitung findet.[200] Dass ein und dieselbe Sache von mehreren Pfandrechten verschiedener Gläubiger belastet ist, wird zum verbreiteten Phänomen. Hinzu kommen in größerem Ausmaß gesetzliche Pfandrechte teils in Form von Spezialpfändern, teils aber auch in Form von Generalhypotheken, von denen einige darüber hinaus mit Rangprivilegien ausgestattet sind, die der allgemeinen *prior-tempore*-Regel vorgehen.[201] Ein Gesetz Kaiser Leos aus dem Jahr 472 n Chr greift in das Rangordnungssystem zusätzlich dadurch ein, dass durch bestimmte (öffentlich beglaubigte oder zumindest von mehreren Zeugen unterfertigte) Urkunden errichtete Hypotheken Vorrang vor anderen erhalten.

---

197 Siehe unten II.B.

198 So zur Pfandverwertung oben II.A.6. unter 2. und 3.; zum gordianischen Retentionsrecht oben II.A.5. unter 2.

199 Hierzu oben II.A.2.

200 Siehe oben II.A.3. und II.A.4.d.

201 Siehe II.A.4.d. unter 4.

Dies hat einmal zur Folge, dass schon die Ermittlung der Rangordnung unübersichtlich und letztlich risikoreich wird,[202] daneben und vor allem aber natürlich der wirtschaftliche Wert einer Sicherheit durch Vorbelastungen und das Risiko, von einer später begründeten aber privilegierten Sicherheit im Verwertungsfall quasi überholt zu werden, erheblich leidet. Die Besicherung mittels Pfandrecht wird generell unsicher.

Aus heutiger Sicht besonders auffällig ist das Fehlen jeglicher Publizität der Mobiliarhypothek, worin häufig der zentrale Schwachpunkt des römischen Mobiliarpfandrechts gesehen wird.[203] Ob dies von den Römern selbst ebenso empfunden wurde, erscheint zweifelhaft;[204] aber der Befund als solcher trifft natürlich zu: Wer eine Sache erwarb, konnte sich im Grunde nie sicher sein, ob diese nicht pfandbelastet war und er sie allenfalls einem sachverfolgenden Gläubiger herausgeben werde müssen. Dem Käufer blieb nur das Vertrauen in die Redlichkeit des Verkäufers, unterstützt durch strafrechtliche Sanktionierung wissentlicher Veräußerung belasteter Vermögenswerte. Die Situation eines späteren Pfandrechtserwerbers war entsprechend; ihm konnten andere Pfandrechte vorgehen. Und ein Gläubiger, der ungesicherten Kredit zu geben bereit war, musste überhaupt damit rechnen, dass das gesamte Schuldnervermögen von unsichtbaren Generalhypotheken aufgezehrt werden könnte.

2. Dieser Rechtszustand hat sich im Zuge der **Rezeption** des römischen Rechts im Europa des ausgehenden Mittelalters bzw zum Beginn der Neuzeit im Grundsatz erhalten, wenngleich sich im Lauf der Zeit in unterschiedlicher Intensität partikularrechtliche Überlagerungen ergeben haben.[205] Insgesamt kann man wohl sagen, dass durch solche punktuellen Modifikationen bewusst oder unbewusst, jedenfalls aber ohne ein gleichsam problemübergreifendes Gesamtkonzept versucht worden ist, einzelne problematische Symptome des römischen Mobiliarsicherungsrechts abzumildern. So hatten beispielsweise schon die germanischen Rechte Formen besitzloser Pfandrechtsbegründung hervorgebracht, sodass die

---

202 *Johannes Voet* (1647–1713), bedeutender niederländischer Vertreter des *usus modernus,* hat das römische Pfandwesen später als »Labyrinth von Gläubigern« kritisiert, »in dem sich Juristen über kurvige und unebene Pfade fortbewegen« müssen. Zitiert nach *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 431 bzw *Zwalve* in *Kieninger,* Security Rights 38 (43) unter Verweis auf die Ausgabe *Voet,* Commentarius ad Pandectas (Geneva 1757), Liber 20 titulus 4, no 17.

203 Vgl etwa *Kaser,* Römisches Privatrecht I² 457 f; *Zwalve* in *Kieninger,* Security Rights 38 (43).

204 Siehe – auch zum Folgenden – oben II.A.3. unter 2. zur Funktion des Besitzes beim römischen Faustpfand.

205 Überblick bei *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 425 ff; *Coing,* Europäisches Privatrecht I 319 ff; speziell zum Verhältnis von Faustpfand zum besitzlosen Mobiliarpfandrecht in den deutschen Ländern auch *Hromadka,* Faustpfandprinzip 43 ff. Für einzelne Rechtsordnungen wird berichtet, dass sie die besitzlose Mobiliarhypothek nach römischem Muster überhaupt nicht rezipiert haben. *Zwalve/Sirks* aaO 427, 433 f nennen hierfür Schottland sowie einige französische Gebiete, wie jene der *Coutumes* von Paris und Orleans.

Rezeption insoweit zu keinen schweren Brüchen führte.[206] Verschiedentlich haben sich aber zur Begründung **besitzloser Pfandrechte** zusätzliche formale Voraussetzungen (Zeugen, Beurkundung etc) entwickelt.[207] Zum Besitzpfand entzündet sich immer wieder Streit über die Frage, ob Begründung durch Besitzkonstitut als ausreichend erachtet werden kann;[208] eine einheitliche Lösung setzt sich vorerst nicht durch. Zum Teil wurden besitzlose Mobiliarpfandrechte auch in ihrer Wirkung beschnitten und damit einzelne Folgeprobleme entschärft. So scheint etwa in den Niederlanden und in Frankreich das Rechtssprichwort *mobilia non habent sequelam* (bei beweglichen Sachen gibt es kein Folgerecht) zumindest teilweise Anwendung gefunden zu haben, dem zufolge die pfandbelastete Sache vom Gläubiger nur solange zu Verwertungszwecken in Beschlag genommen werden kann, als sie sich noch beim Schuldner befindet. Hat dieser sie weiterveräußert und übergeben, ist die Mobiliarhypothek insoweit kraft Gewohnheitsrechts gleichsam erloschen.[209] Auch in manchen deutschsprachigen Rechtsgebieten gab es im Ergebnis entsprechende, an das »Hand wahre Hand«-Prinzip anknüpfende Regelungen.[210] Damit war zumindest ein späterer Sacherwerber davor geschützt, durch unsichtbare Sicherungsrechte belastete und damit entwertete Waren zu erwerben. Ein umfassender »Verkehrsschutz«, der auch späteren Pfandberechtigten und ungesicherten Drittgläubigern zugutekommt, wird damit allerdings nicht erreicht, lediglich der Warenverkehr von der vormaligen Rechtsunsicherheit entlastet. Andere Rechtsordnungen operierten mit Rangordnungsregelungen, um die Attraktivität besitzloser Pfandrechte zu reduzieren: etwa dadurch, dass ein Mobiliarhypothekargläubiger riskiert, dass ihm nachfolgende Pfandnehmer, die die belastete Sache in Besitz nehmen, vorgehen, »er hätte denn über solche pfande eine sondere ausdrückliche verschreibung« vorgenommen.[211]

---

206 Vgl etwa *Hromadka,* Faustpfandprinzip 27 ff; *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 13 ff; *Brauneder,* Die »stillschweigenden Hypotheken« und der österreichische Landesbrauch, in Bericht über den 11. österreichischen Historikertag (1972) 226 (229; die dortige Bemerkung, in Hinblick auf die Publizität sei es mit der Rezeption zum offenen Bruch mit der Vergangenheit gekommen, bezieht sich nicht auf das Fahrnispfand; dort hat die jüngere Satzung, wie *Brauneder* selbst betont, ein besitzloses Pfandrecht bereits ermöglicht).

207 Vgl den kurzen Überblick mit Nachweisen oben II.A.3. unter 2. aE.

208 *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 428 ff berichten für die Niederlande von der ablehnenden Haltung *Voets* einerseits (zitiert wird *Voet,* Commentarius ad Pandectas [FN 202] 20, 1, 12) und einer Entscheidung des *Hoge Raad* von Holland und Zeeland vom 13. 11. 1737 andererseits, der *Voets* Kritik verwirft und die Pfandrechtsbegründung mittels Besitzkonstituts akzeptiert.

209 Siehe für die Niederlande wiederum *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 427 mit Verweis auf *Grotius,* Inleydinge tot de Hollandsche Regstsgeleertheyt (1652) 2, 48, 29; vgl auch *Zwalve* in *Kieninger,* Security Rights 38 (45). Zum französischen Gewohnheitsrecht *Coing,* Europäisches Privatrecht I 332 f mwN *(meubles n'ont pas de suite par hypothèque).*

210 Etwa in den Baseler Statuten aus dem Jahr 1719 (II 5, 349), vgl hierzu *Hirsch,* Einfluß 40 f, 51 f.

211 So nach dem 4. Buch, 5. Titel Art 3, § 1 des Landrechts des Herzogtums Preußen von 1620, zitiert nach *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 45, 172. Ein Vorrang des Faustpfandnehmers gegenüber dem zeitlich früheren Hypothekar ist etwa auch im Bayrischen

Ein zweiter Adressat von Abschwächungstendenzen war die **Generalhypothek,** obwohl sich diese offenbar über lange Zeit in den verschiedensten Gebieten weiterhin starker Verbreitung erfreut hat.[212] Für die große praktische Bedeutung der (General-)Mobiliarhypotheken verweist *Coing* auf die Sozialverfassung zwischen beginnender Neuzeit und frühem 19. Jahrhundert mit ihren zahlreichen Bindungen des Bodens: Bei Lehns- und Fideikommissgütern konnte der jeweilige Inhaber grundsätzlich nicht über die Sachsubstanz verfügen, also keine Immobiliarhypothek begründen. Verpfändbar waren nur die ihm zustehenden Einkünfte. Daher spielten Hypotheken an diesen Einkünften – sog Revenüen – eine erhebliche Rolle.[213] In manchen Ländern scheint die Generalverpfändung derart üblich gewesen zu sein, dass sie in bestimmten Fällen bei schuldrechtlicher Verpflichtung quasi als stillschweigend mitbedungen gegolten hat. So hat in der französischen Praxis der Rechtssatz gegolten, dass in jeder notariellen Schuldurkunde die Bestellung einer Generalhypothek am Schuldnervermögen zu unterstellen sei.[214] Auch eine durch Eid verstärkte Verpflichtung soll ein Generalpfand am Vermögen des Schuldners begründet haben.[215] Noch die erste umfassende neuzeitliche Kodifikation für die preußischen Gebiete, das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620, »in weitestem Umfange in romanistischem Geiste verfaßt«,[216] erklärte in seinen ausführlichen Bestimmungen zum Pfandrecht ausdrücklich neben Singularpfändern auch Generalhypotheken für zulässig und sah bei Letzteren im Zweifel auch das zukünftig zu erwerbende Vermögen als mitverpfändet an.[217]

Dennoch machen sich, wie bereits angedeutet, verschiedentlich Tendenzen einer Aufweichung der Generalhypothek bemerkbar. Zum Teil waren lediglich besondere Formerfordernisse vorgesehen, wobei teilweise Leos 472 n Chr erlassene Konstitution zur Rangordnung als Vorbild diente.[218] So soll in Holland die Generalhypothekenbestellung vor drei Zeugen oder einem amtlichen Schreiber und zwei Zeugen erforderlich gewesen sein, wobei Lokalstatuten oder örtliche Gewohn-

---

Landrecht von 1518 (III 29, 4) vorgesehen, zitiert und besprochen bei *Hirsch,* Einfluß 38 f, 52 f (dort auch wN).

212 So berichtet *Wendt,* Pandekten 403: »Von solchen Generalhypotheken hat das Verkehrsleben in alter und neuer Zeit einen sehr häufigen Gebrauch gemacht, so daß die Clausel ›*sub hypotheca omnium bonorum*‹ einen fast ständigen Inhalt der Schuldscheine zu bilden pflegte«.

213 *Coing,* Europäisches Privatrecht I 321. Vgl auch *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 428 zur Sicherung des Kreditbedarfs von Kleinpächtern.

214 *Coing,* Europäisches Privatrecht I 320 und 325 mwN. In der Rechtslehre wurde dieser Grundsatz teilweise bekämpft, etwa von *Antonius Faber (Favre);* Nw bei *Coing* aaO 325 FN 13.

215 *Coing,* Europäisches Privatrecht I 325 mN zur hA im *usus modernus* in FN 15.

216 So *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 44.

217 Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620, 4. Buch, 5. Titel Art 3, § 1, zitiert nach *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 44. Siehe in praktischer Hinsicht allerdings die oben bei FN 211 erwähnte Rangordnungsregel.

218 Siehe oben II.A.3.d. unter 4. aE.

heitsrechte wieder Abweichendes vorsehen konnten.[219] Ein weiteres anscheinend häufiger genutztes Instrument waren Rangordnungsregeln, die Spezialpfändern allgemein den Vorrang vor generellen Sicherungsrechten einräumten, auch wenn Letztere früher begründet worden waren.[220] Nach einer weiteren, offenbar verbreiteten Auffassung war ein Gläubiger gehalten, zuerst aus Spezialpfändern Befriedigung zu suchen, bevor er auf ein ebenfalls bestelltes Generalpfand greifen darf.[221] Ferner finden sich bestimmte Vorrechte mancher Spezialpfänder im Konkurs, zum Teil sogar Separationsrechte.[222]

Drittens sind Tendenzen zur **Abschwächung der gesetzlichen Pfandrechte** und Rangprivilegien zu verzeichnen. Erste Bestrebungen zur Einschränkung des Rangprivilegs bei der Dotalhypothek – nämlich auf einen Vorrang lediglich gegenüber stillschweigend begründeten Pfandrechten, nicht gegenüber ausdrücklich vertraglich begründeten – gehen bereits auf die Glossatoren Bulgarus und Accursius zurück. Dieser Ansatz macht Schule und findet in etliche Partikularrechte sowie in rechtswissenschaftliche Abhandlungen Eingang, wird aber andererseits schon früh bekämpft und in der gemeinrechtlichen Doktrin wiederum durch weitere Ausnahmen (etwa bei Verschwendung der Frau) ergänzt.[223] Zweitens sind bisweilen Versuche unternommen worden, den gesetzlichen Generalhypotheken selbst zuleibe zu rücken, etwa mit Prioritätsregeln dergestalt, dass vertragliche Sicherungsrechte den gesetzlichen vorgehen sollten.[224] Wirklich erfolgreich scheinen diese Versuche bis Ende des 17. Jahrhunderts nicht gewesen zu sein. Zumindest was Mobilien betrifft, hat sich das Blatt erst in der Kodifikationszeit gewendet;[225] freilich auch nicht überall, wie das französische Beispiel zeigt, wo gesetzliche Pfandrechte und Rangprivilegien in größerem Umfang in den Code civil übernommen wurden.[226]

---

219 *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 430 unter Berufung auf *Grotius,* Inleydinge (FN 209) 2, 48, 28.

220 Nochmals *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 430 f, unter anderem mit Hinweis auf zwei Entscheidungen des *Hoge Raad* von Holland und Zeeland aus den Jahren 1746 und 1748.

221 Beispiele bei *Wesener,* Zur Entwicklung des Pfandrechts in den altösterreichischen Ländern, in FS H. Demelius (1973) 257 (279 f) mit dem Hinweis, dies entspreche dem gemeinrechtlichen *beneficium excussionis realis* (dh der Einrede des Schuldners, dass vor Inanspruchnahme der persönlichen Haftung des Schuldners bestellte Pfänder verwertet werden müssen).

222 Vgl *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 32 ff, 51 f, 84, 174 f.

223 Ausführlich nachgezeichnet bei *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 5 ff. Näher zu Rezeption und Gegentendenzen zu diesen »stillschweigenden« Hypotheken, insbesondere im Ehegüterrecht, in den österreichischen Ländern auch *Brauneder* in Bericht über den 11. österreichischen Historikertag 226 (229 ff).

224 Erwähnt bei *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 431; als »wenig einflussreich« gewertet bei *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 28 FN 3 (uU nur auf deutschsprachige Gebiete bezogen).

225 Ausführlich zum Ganzen wiederum *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 28 ff, 73 ff.

226 Vgl unten IV.C.2.a.

Insgesamt steht das – weitestgehend zumindest subsidiär anwendbare – römisch-gemeine Mobiliarsicherungsrecht jedenfalls zum Ausgang der gemeinrechtlichen Epoche in keinem allzu günstigen Ruf. Dieses Urteil hat sich zunehmend verstärkt und prägt ganz weitgehend auch das Bild dieses Rechtsbereichs in der heutigen Privatrechtswissenschaft.[227] In den zunehmend seltener werdenden Fällen, in denen das römische Pfandrecht gemeinrechtlicher Prägung ausdrücklich Lob und Anerkennung erfährt, geschieht dies in Hinblick auf seine konstruktive Klarheit;[228] nicht, weil es sachgerechte Lösungen für die sich zunehmend verändernden wirtschaftlichen Verhältnisse anzubieten hätte. Worin zu welcher Zeit und für welche Gebiete genau die praktischen Defizite des Systems gesehen worden sind, scheint nur unvollständig erforscht und lässt sich im Nachhinein wohl auch nur schwer ermitteln. *Hromadkas* mE plausible Untersuchung zur Rolle des Besitzes kommt zum Schluss, dass man sich die praktischen Schwierigkeiten der Mobiliarsicherheiten im gemeinen Recht ähnlich vorzustellen hat wie oben zum römischen Recht geschildert.[229] Danach kommt dem Pfandrecht nach wie vor primär die Funktion zu, gegen Zahlungsunwilligkeit (nicht Zahlungsunfähigkeit) des Schuldners zu schützen. Ein »Verkehrsschutz«-Bedürfnis im weiteren

---

227 Vgl *Dernburgs* vielzitierte Aussage, die formlose Hypothek nach römischem Muster habe schließlich eine »Zerrüttung der Kreditverhältnisse« zur Folge gehabt, vgl *Dernburg,* Pandekten I[7] 648 f. Ebenfalls bereits aus pandektistischer Epoche das Urteil *Wächters,* das gemeinrechtliche Pfandsystem habe den großen Fehler gehabt, seinen »Zweck, die gehörige Sicherung des Gläubigers, gar nicht gehörig erfüllt« zu haben. Hierfür verweist er insbesondere auf das Risiko bereits bestehender (vom Verpfänder verschwiegener oder sogar diesem unbekannter) Belastungen und nachträglicher Entwertung durch privilegierte Pfandrechte; daneben bemängelt er die entsprechenden Gefahren für denjenigen, der die Sache zu Eigentum erwerben möchte. Siehe *Wächter,* Pandekten II 545 f; ähnlich *Bornemann,* Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts I[2] (1842) 188. Diese Aspekte sind jedenfalls typisch für Autoren des 19. Jahrhunderts, inwieweit sie substanziell früher ebenfalls schon kritisiert wurden, ist schwierig und wohl nicht einheitlich zu beantworten. Weitere Nw kritischer Stimmen aus dem frühen 19. Jahrhundert bzw aus der Pandektistik bei *Hirsch,* Einfluß 53; *Hromadka,* Faustpfandprinzip 46 f. Aus jüngerer Zeit etwa *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 420 (»Chaos«) und *Zwalve* in *Kieninger,* Security Rights 38 (42 ff), jeweils mit Hinweis auf *Voets* Charakterisierung als »Labyrinth von Gläubigern« (oben FN 202); *Wesenberg/Wesener,* Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung[4] (1985) 127 (»hat auch in Deutschland den Realkredit geradezu zerstört«).

228 Besonders ausgeprägt bei *Brinz,* Lehrbuch der Pandekten II[2] (1882) 849, wo die Möglichkeit der besitzlosen Pfandrechtsbegründung mit allen ihren Ausprägungen, die von anderen gerade als Problem empfunden werden, aufs Höchste gepriesen wird: In der Hypothek habe die Verpfändung »ihre einfachste, und ihre eigenste Gestalt, zugleich aber ihre vollkommenste Entwicklung gefunden …«. Nur hypothekarisch könne »ein ganzes, gegenwärtiges und künftiges Vermögen verpfändet werden; nur hypothekarisch ein Pfandrecht stillschweigend entstehen. Erst hier entsteht die Möglichkeit, die Sache mehreren nach einander zu obligieren, hier die Lehre vom Datum des Pfandrechts und der Komparativ des *pignus potius* und *posterius* (Priorität) …«.

229 Siehe am Anfang dieses Kapitels II.A.7. unter 1.

Sinne steht lange Zeit nicht im Vordergrund,[230] außer wohl insofern, als sich jeder, der sich ein Pfandrecht einräumen lassen will, dem Risiko bereits bestehender, jedoch »unsichtbarer« Belastungen der Pfandsache ausgesetzt sehen muss.[231] Als problematisch empfunden werden augenscheinlich weiterhin Unsicherheiten und Schwierigkeiten bei der Rangordnungsermittlung,[232] in Zusammenhang mit dem bisher Gesagten jedenfalls auch die verbreiteten gesetzlichen Rangprivilegien und (General-)Hypotheken.[233] Dies und die sich daraus ergebende Unsicherheit des Mobiliarpfandwesens wird weitgehend wohl als **problematischer »Gesamtzustand«** angesehen. Die Unzufriedenheit richtet sich gegen ein Konglomerat, nicht unbedingt gegen klar identifizierte Ursachen mit klar zugeordneten Wirkungen. Verbindendes Glied bei all dem ist die Möglichkeit der besitzlosen Pfandrechtsbegründung, die Mobiliarhypothek. Dass gerade deren Bekämpfung in weiterer Folge eine Schlüsselrolle zukommt, überrascht vor diesem Hintergrund nicht allzu sehr.

---

230 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 26 ff, 45 ff. Dass das Sicherungsinteresse des Gläubigers im Zentrum der Problemsicht stand, legt auch eine bei *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 59 FN 1 zitierte Passage aus *Bachofen von Echt,* Tractatus de pignoribus et hypothecis (1656) 1 nahe, wo davon berichtet wird, dass sich Pfandgläubiger bewegliche Pfandsachen fast immer übergeben ließen, weil es ihnen nicht sicher genug schien, diese beim Schuldner zu belassen.

231 Erwähnt, wie angemerkt, etwa bei *Wächter,* Pandekten II 546. Vgl auch die Bemerkung von *Svarez,* der maßgeblich Anteil an der Schaffung des ALR hatte (*Wieacker,* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung[2] [1967/2. Nachdruck 1996] 329 ff), in seinen 1793/1794 gehaltenen »Amtlichen Vorträgen« anlässlich der Schlussrevision des preußischen Allgemeinen Landrechts, das Besitzerfordernis für eine Drittwirkung des Fahrnispfandes rechtfertige sich unter anderem »mit Gründen des gemeinen Besten, da einestheils die Sicherheit des Eigenthums und der Rechte sehr darauf beruhet, daß ein jeder bei angestellter gehöriger Erkundigung wissen und erfahren könne: ob die Sache, worüber er einen Kontrakt schließen will, frei, oder mit Verpfändungen oder anderen Real-Lasten zu Gunsten eines Tertii onerirt sei, andserntheils aber aus der Theorie der Conventional[-], besonders der General-Hypotheken viele verwickelte Prozesse entstehen können«; zitiert nach *Svarez,* Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts, Jahrbücher für preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Band 41 (1833) 2 (zu: Erster Theil, Titel II § 136 ALR).

232 Vgl nochmals die oben FN 202 referierte Kritik von *Voet.*

233 Zum Privileg der Dotalhypothek wie erwähnt ausführlich dokumentiert durch *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 4 ff, zu den gesetzlichen Pfandrechten aaO 28 ff. Vgl auch *Floßmann,* Österreichische Privatrechtsgeschichte[6] (2008) 192. Als eines der zentralen Probleme des gemeinrechtlichen Pfandsystems identifiziert wiederum bei *Wächter,* Pandekten II 546.

B. Wesentliche Entwicklungen der Kodifikationszeit

Die zuletzt angesprochenen gemeinrechtlichen Entwicklungen setzen sich in der Epoche der Ausarbeitung der ersten kontinentaleuropäischen Kodifikationen[234] fort und erreichen nun ihren Höhepunkt und zum Teil auch ihren vorläufigen Abschluss. Als zentrale Tendenzen sind zu nennen: der Siegeszug des Faustpfandprinzips, die bis auf weiteres völlige Zurückdrängung der Generalhypothek sowie – jedenfalls im deutschen Sprachraum – ein weitgehender Abschied von gesetzlichen Pfandrechten samt Rangprivilegien. Vor allem die beiden erstgenannten Aspekte verdienen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung besondere Aufmerksamkeit.[235]

Daneben, teils sogar als unmittelbare Reflexwirkung namentlich der Entwicklung hin zum Faustpfand, erweitert sich der Kreis der zu Sicherungszwecken genutzten Rechtsformen: Die Sicherungsübereignung lebt, insbesondere in Deutschland, wieder auf. Für die Besicherung mittels Forderungen wird allmählich die Sicherungszession üblich. Und für Zwecke der Absatzfinanzierung bildet sich, auf gemeinrechtlichen Vorläufern aufbauend, ein weiteres Instrument heran: der Eigentumsvorbehalt.

---

234 Im Wesentlichen geht es im Folgenden um Entwicklungen des 18. und 19. Jahrhunderts; in manchen Punkten wird aber, abhängig vom Sachzusammenhang, auch noch weiter zurückgegriffen, sodass sich fallweise Überlappungen mit dem vorangegangenen Kapitel ergeben.

235 Außer Acht gelassen werden kann hier hingegen jene Thematik, die die deutsche – und mit ihr die österreichische – Pfandrechtsdiskussion im 19. Jahrhundert wohl am stärksten beschäftigt hat, nämlich die Frage nach der Rechtsnatur des Pfandrechts. Hierzu sei insbesondere auf den anschaulichen Überblick bei *Wiegand,* Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien im 19. Jahrhundert, ZNR 1981, 1 verwiesen; zu einzelnen Protagonisten dieser Diskussion vgl auch *Mincke,* Akzessorietät 63 ff. Zum Zweck der Illustration seien zwei Beispiele aus der Frühphase dieses Diskurses angeführt: Das zunächst herrschende Verständnis vom Pfandrecht als dingliches Recht (verteidigt etwa von *Dernburg,* Pfandrecht I 104 ff) stellt unter anderem *Büchel* mit der Theorie infrage, das Pfandrecht sei seinem Wesen nach eine Obligation, die sich von anderen Obligationen nur dadurch unterscheide, dass nicht eine Person, sondern eine Sache als das verpflichtete Objekt erscheine *(obligatio rei).* Daher stehe zu seiner Geltendmachung eine *actio in rem* und keine *actio in personam* zur Verfügung; siehe *Büchel,* Über die Natur des Pfandrechts (1833; 2. Aufl 1847, daraus 120 ff: referiert und – da im Original nicht greifbar – zitiert nach *Wiegand* aaO 3); hierzu auch *Mincke,* Akzessorietät 65 ff. Gut 30 Jahre später kritisiert *Sohm* die bis dahin vertretenen Lösungen (entweder *ius in re* oder eben *obligatio rei)* und konzipiert eine neue Unterscheidung in zwei Gruppen von Vermögensrechten: eine, die Rechte *an* einem Objekt (hier: an einer Sache) begründen; und eine andere, die Rechte *auf* ein Objekt, nämlich auf einen *Vermögenswert,* zum Inhalt haben. Dem Pfandrecht weist *Sohm* mithilfe dieser Kategorienbildung eine Mittelstellung zwischen dinglichem und persönlichem Recht zu. Gerade beim Sachpfand zeige sich die dingliche *Form* des Pfandrechts, die unmittelbare Macht, Herrschaft, verleihe. In der Herrschaftsbefugnis, die das Pfandrecht über die Sache gewähre, berge sich als materieller Inhalt und Zweck dieser Herrschaft das Recht *auf* den Vermögenswert dieser Sache. So nehme das Pfandrecht, obgleich in dinglicher Form erscheinend, materiell am Wesen der Forderungsrechte Teil. Siehe *Sohm,* Die Lehre vom subpignus (1864) 6 f, 9 ff, 24 f.

1. Der Triumph des Faustpfandprinzips im Gesetzesrecht

a. Gründe für die Wende hin zum Faustpfandprinzip

Wie angedeutet fungiert die Mobiliarhypothek, die Möglichkeit der besitzlosen Pfandrechtsbegründung, quasi als verbindendes Glied einer ganzen Reihe von Facetten des römisch-gemeinen Fahrnispfandrechts, die zunehmend als problematisch empfunden werden: Erst dadurch werden Mehrfachbelastungen leicht möglich, sieht das Gesetz Bedarf nach Rangprivilegien, wird die Prioritätenermittlung zum Risiko, die durch das Pfandrecht verschaffte Sicherheit entwertet. Erst dadurch wird die Generalverpfändung des gesamten Vermögens durchführbar, das Schuldnervermögen für einen oder einige wenige privilegierte Gläubiger gebunden, der Personalkredit damit ebenfalls entwertet, etc.

Mit zunehmender wirtschaftlicher Entwicklung treten weitere Aspekte hinzu, die letztlich in ganz Mitteleuropa zu einer Radikalabkehr von der römischen Mobiliarhypothek und zur Übernahme eines strikten Faustpfandprinzips in die heute noch bestehenden Kodifikationswerke führen. *Hromadka,* dessen Untersuchung auch hier jedenfalls für die deutschen Länder als die eingehendste gelten kann, setzt für die Gründe dieser Entwicklung beim Erstarken des Merkantilismus in der Folge des Dreißigjährigen Krieges an. Zentrale Ziele und Maßnahmen sind, soweit hier relevant: Steigerung der Produktivität der gesamten Volkswirtschaft, unter anderem durch Förderung des Gewerbes und namentlich von Manufakturen, sowie durch Intensivierung des Handels. Konsequenzen zeigen sich auf mehreren Ebenen: Zum einen steigt der **Kreditbedarf**, zum anderen der **Güterumsatz**; das eine bedingt zum Teil das andere. Die Konzentration von Arbeitskräften in Werkstätten und Manufakturen löst erstmals größere Teile der Bevölkerung aus dem traditionellen Lebens- und Wirtschaftsverband der Familie und damit auch aus der weitgehenden familiären Bedarfsdeckungswirtschaft heraus. Entlohnt wird in Geld; das Nötige, das zuvor teils selbst erzeugt worden ist, muss für Geld angeschafft werden. Die Löhne der allmählich entstehenden Arbeiterschicht sind niedrig, Geldkreditbedarf ist die Folge, und zwar auch unter Wohlhabenderen sowie in Handel und Gewerbe, zumal der bisher eine wesentliche Rolle spielende Warenkredit offenbar allmählich zurückgeht. Die tendenzielle Abnahme persönlicher Bindungen sowie der Umstand, dass Kreditnehmer nun öfter mehrere Gläubiger haben, lassen die Kreditgewährung im Vertrauen allein auf Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit des Schuldners zurückgehen. Das Risiko der Zahlungsunfähigkeit rückt in den Vordergrund, ebenso die Notwendigkeit, sich gegen Ansprüche konkurrierender Gläubiger zu sichern. Kurz: Der **Bedarf nach »sicheren« dinglichen Sicherheiten** steigt, insbesondere auch an beweglichen Vermögenswerten. Für das durch steigende Nachfrage intensivierte Kreditwesen wird eine rasche und zuverlässige Kreditwürdigkeitsprüfung unter Einbeziehung angebotener Pfänder immer bedeutsamer. Dass das römisch-gemeinrechtlich geprägte

Mobiliarsicherheitensystem mit seinen zuvor skizzierten Unsicherheiten diesen Anforderungen nicht mehr genügt, wird zunehmend deutlich. Gleiches gilt für die mit der Intensivierung des Güterumsatzes virulenter werdenden Bedürfnisse des Handelsverkehrs: Langwierige Überprüfungen in Hinblick auf etwaige Belastungen der umzuschlagenden Ware sind realistischerweise nicht möglich. Nachdem der aus heutiger Sicht naheliegende Ausweg eines gutgläubig lastenfreien Erwerbs noch nicht besteht, steigt auch von dieser Seite der Druck auf das römisch-gemeinrechtliche Modell der Mobiliarhypothek.[236]

Als probater Ausweg aus dieser Problemlage erscheint den Gesetzgebern Europas das **Faustpfandprinzip.** Und in der Tat erweist sich das Faustpfandprinzip zur Bewältigung der oben skizzierten Probleme als **durchaus tauglich:** Wer sich ein Pfandrecht bestellen lassen möchte, ist hinsichtlich der Freiheit von Vorbelastungen nicht mehr auf die Auskunft des Schuldners angewiesen. Die Lastenfreiheit folgt schon daraus, dass der Sicherungsgeber die Pfandsache bei der nunmehrigen Verpfändung nicht mehr in Händen halten könnte, hätte er daran zuvor schon ein Pfandrecht zugunsten eines anderen Gläubigers begründet. Damit wird die Kreditvergabe allein im Vertrauen auf die Werthaltigkeit der Pfandsache – also echter Realkredit – möglich[237] (vorausgesetzt, der Sicherungsgeber ist tatsächlich Eigentümer). Gleiches wie im Fall des **späteren Pfandgläubigers** gilt im Grundsatz für das Vertrauensschutzbedürfnis des **Sacherwerbers:** Wer eine bewegliche Sache zu Eigentum erwerben möchte und sie von demjenigen erwirbt, der sie in Händen hält, kann davon ausgehen, dass der Veräußerer daran keine Pfandrechte zugunsten Dritter begründet hat; dieser könnte sonst nicht in Besitz der Sache sein. *Diese* Sorge ist dem Warenverkehr damit genommen[238] (eine andere, nämlich ob der Veräußerer überhaupt verfügungsbefugt ist und damit Eigentum verschaffen kann, verbleibt; hierfür kann man allerdings keine Lösung innerhalb des Pfandrechts erwarten). Darüber hinaus zeitigt das Faustpfandprinzip eine Reihe »erfreulicher **Nebenwirkungen«:**[239] Die mittlerweile offenkundig als suspekt empfundene Generalhypothek römischen Zuschnitts, die Verpfändung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens, wird faktisch unmöglich, weil sich der Schuldner eben schon rein faktisch nicht gut seiner gesamten Habe begeben kann. Teilweise war offenbar die Abschaffung der Generalhypotheken der eigentliche Grund für

---

236 Siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip 41 ff unter vielfacher Bezugnahme auf (hier nach neuerer Auflage zitiert) *Lütge,* Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte[3] (1966) 321 ff.

237 Vgl *Hromadka,* Faustpfandprinzip 48 ff, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, nach dem römischen System der Mobiliarhypothek sei dagegen jeder Kredit – weil man hinsichtlich der Lastenfreiheit der Sache stets auf die Auskunft des Schuldners angewiesen war – »notwendig Personalkredit« gewesen. Siehe ferner *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 90 f; *Schermaier,* Sicherungsübereignung und Sicherungszession im deutschen Recht und im deutschen Rechtskreis, in *Vacca* (Hrsg), La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica (2003) 297 (299).

238 Vgl wieder *Hromadka,* Faustpfandprinzip 50.

239 Zum Folgenden nochmals *Hromadka,* Faustpfandprinzip 50.

die Einführung des Faustpfandprinzips.[240] Zweitens erübrigen sich die beweisrechtlich oft schwierigen und unsicheren Prozesse über die Priorität konkurrierender Pfandrechte an einer Sache[241] – man denke an das gefürchtete Problem betrügerischen Rückdatierens von Hypothekenbestellungsurkunden – und entsprechende Probleme in Konkursverfahren im Wesentlichen, wird die Sache bei Geltung des Faustpfandprinzips doch im Regelfall nur einem Gläubiger verpfändet. Auch die »Gefahr der Täuschung« künftiger ungesicherter Gläubiger über die Zugehörigkeit einer in Besitz des prospektiven Schuldners befindlichen Sache zu dessen Haftungsfonds wird zumindest reduziert, da der Schuldner die Sache bei Pfandbestellung zugunsten eines Dritten aus seinem Besitz geben muss.

Erst relativ spät findet sich zumindest in Deutschland – wie wohl auch in Österreich[242] – das Motiv, spätere ungesicherte Drittgläubiger davor zu schützen, dem Schuldner im Vertrauen darauf zu kreditieren, die in seinem Besitz befindlichen Sachen würden für die Befriedigung der eigenen Forderung Deckung gewähren (Vertrauen auf den **Haftungsfonds**).[243] Dass insoweit ein Sicherungsbedürfnis gesehen wird, illustrieren letztlich auch Berichte über die ausgesprochene Häufigkeit

240 So im Frankfurter Recht mit dem »Gesetz, die Rangordnung der Gläubiger im Konkurs und Abschaffung der Generalhypotheken betreffend« von 1837; vgl *Hromadka,* Faustpfandprinzip 108 ff. – Zur Bedeutung des Faustpfandprinzips für die Abschaffung der Generalhypotheken im Allgemeinen noch näher unten II.B.2.b.

241 Hervorgehoben als einer der wesentlichen Gründe gegen eine Pfandrechtsbegründung durch Besitzkonstitut bei *Exner,* Gutachten über die Frage: Ob und unter welchen Voraussetzungen das constitutum possessorium mit der Wirkung der Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten ist? in Verhandlungen zum 15. DJT I (1880) 3 (12).

242 Zumindest lässt sich weder aus den Materialien zum ABGB (zur Faustpfandregel des § 451 ABGB unten II.B.1.c.(i.) mit FN 326; zur Verpfändung durch »Zeichen« II.B.1.c.(ii.)) noch aus der frühen Literatur zum ABGB klar nachvollziehen, dass man spätere ungesicherte Gläubiger sehr wohl als Schutzadressaten der §§ 451, 452 ABGB angesehen hätte. Zu § 451 ABGB vgl *Nippel,* Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie III (1831) 444, der (lediglich) jene, die das Eigentum oder ein Pfandrecht an der verpfändeten Sache erwerben wollen, als Adressaten nennt, denen durch die Übergabe der Sache »das darauf haftende dingliche Recht in die Augen fallend gemacht« werde. Zu § 452 ABGB haben sich in diesem Sinne bereits *Zeiller* (Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie II/1 [1812] 258; dazu unten II.B.1.c.(ii.) bei FN 346) und abermals *Nippel* (aaO 461 f; dazu unten III.A.2.b. FN 630) geäußert.

243 *Hromadka* weist dieses Motiv zunächst in der Begründung zum Frankfurter »Gesetz, die Rangordnung im Konkurs und Abschaffung der Generalhypotheken betreffend« vom 10. 1. 1837 nach, vgl *Hromadka,* Faustpfandprinzip 112; dann in den Materialien zur Reichs-Konkursordnung 1877 (vgl insbesondere Motive zur RKO 189 = *Hahn,* Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen IV [1881/Neudruck 1983] 186). Hierzu und zum zentralen Inhalt des letztgenannten Gesetzes unten II.B.1.b.(ii.). Zustimmend zur Eignung des Faustpfandprinzips zur Erfüllung dieser Funktion aus der deutschen Literatur des ausgehenden 19. Jahrhunderts etwa *Leist,* Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889/Nachdruck 1970) 6 f. Den Drittgläubigerschutz als Zweck des Gesetzes betont auch *Hellwig,* Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, AcP 64 (1881) 369 (378 f); über die *Eignung* des Faustpfands als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks erklärt er sich nicht.

von Prozessen über andere publizitätslose Mobiliarsicherungsformen, in die man sich in weiten Teilen Deutschlands im ausgehenden 19. Jahrhundert zunehmend flüchtet. Die Rede ist von Kaufgeschäften mit Wiederkaufsvereinbarung, den Vorläufern der publizitätslosen Sicherungsübereignung.[244] An hessischen Gerichten soll Anfang der 1880er Jahre praktisch kein Terminstag vergangen sein, an welchem nicht eine »Zwischenklage« (Drittwiderspruchsklage) eines solcherart gesicherten Gläubigers gegen einen ursprünglich ungesicherten Gläubiger verhandelt wird, der den Schuldner wegen seines Mobiliarbesitzes für kreditwürdig gehalten hat und nun, nach Fälligkeit seiner Forderung, am noch sichtbar vorhandenen Fahrnisvermögen exekutive Pfandrechte zu begründen sucht und dabei in Konflikt mit dem »Sicherungskäufer« gerät.[245] Speziell für das BGB muss allerdings eine gewisse Relativierung dieses Motivs angemerkt werden: Während man zum Pfandrecht offenbar an diesem Normzweck festhält, rechtfertigt die zweite Kommission die Zulässigkeit publizitätsloser Sicherungsübereignungen unter anderem damit, dass sich Gläubiger ganz allgemein nicht darauf verlassen dürften, alle im Besitz des Schuldners befindlichen beweglichen Sachen stünden auch in dessen Eigentum.[246]

In manchen Ländern kommen wohl noch zusätzliche Erwägungen hinzu. So berichtet *Leonhard,* in der Phase der Kodifikationsarbeiten zum BGB primär aus wirtschaftlichen Erwägungen einer der letzten großen Verteidiger der Mobiliarpfandbegründung durch bloßen Vertrag in Deutschland, dass sich auf dogmatischer Ebene eine entschiedene Vorliebe für die Beseitigung des römischen Konventionalpfands aufgrund der Popularität der **Lehre vom *titulus* und *modus*** als allgemeine Voraussetzungen für den Erwerb dinglicher Rechte ergeben habe.[247] Für das preußische Allgemeine Landrecht von 1794, das für den Pfandrechts- wie

244 Hierzu näher unten II.B.4.a.

245 Siehe *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (386), wörtlich zitiert unten FN 408. Vgl ferner etwa die Konstellation in RGZ 2, 173 (aus 1880); RGZ 13, 298 (aus 1885); OLG Hamburg 25.11.1885, SeuffArch 41/86 uva.

246 Protokolle zum BGB III 3690 = *Mugdan,* Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III: Sachenrecht (1899) 627. Zur Sicherungsübereignung unten II.B.4.b. unter 5., zum Kreis der Schutzadressaten beim Faustpfand ausführlicher II.B.1.b.(ii.).

247 Siehe *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (183 ff), der selbst die Position vertritt, das gesetzgeberische Streben nach einheitlichen Grundprinzipien dürfe nicht über jenes nach sachgerechten Lösungen für die jeweiligen Einzelfragen gestellt werden, und in diesem Sinne anmerkt (aaO 185): »Allein eine ernstliche Verwirrung des Rechtssystems kann doch schwerlich dadurch entstehen, daß man für die Begründung des Pfandrechtes eine leichtere Form zuläßt, als für diejenige des Eigenthumes.« – Das Augenmerk bei Bezugnahme auf das Titel- und Modus-Prinzip liegt übrigens in diesem Zusammenhang eindeutig auf dem Modus als nach außen hin kundbaren Akt (der auch im BGB, das ja auch bei der Mobiliarpfandbestellung schließlich dem Abstraktionsprinzip folgt, erforderlich bleibt; vgl § 1205 BGB), nicht auf dem Erfordernis eines wirksamen Titelgeschäfts. Der Einklang mit dem Traditionserfordernis bei der Eigentumsübertragung findet sich denn auch in *Johows* Begründung zu seinem Entwurf zum Sachenrecht des BGB ausdrücklich angeführt (zitiert unten in Kapitel II.B.1.b.(ii.) bei FN 290).

den Eigentumserwerb das Titel- und Modus-Prinzip übernommen hat, ist dieser Zusammenhang auch einigermaßen nachvollziehbar dokumentiert.[248] Die hA in Deutschland sei zudem einer suggestiven, aber »durchaus schiefen **Analogie zwischen** der Sicherung dinglicher **Immobiliarrechte durch Eintragung und** derjenigen dinglicher **Mobiliarrechte durch Tradition**« erlegen, insbesondere was das Verhältnis von maßgeblichem Publizitätsmittel – beim Liegenschaftspfand in Wahrheit nicht der Akt der Eintragung, sondern der daran anschließende »Zustand des Eingetragenseins« – und angestrebter Wirkung betrifft, vor allem in Hinblick auf den Schutz Dritter.[249] Insoweit ähnlich macht *Hromadka* später deutlich, dass die aus dem Liegenschaftsrecht geläufige »positive Publizität« (der Verkehr kann sich auf die Richtigkeit der Eintragung verlassen, das ausgewiesene dingliche Recht wird allgemein positiv erkennbar) beim Mobiliarpfand mit dem Publizitätsmittel Besitz nicht in vergleichbarer Weise wirken kann. Die Publizitätswirkung sei hier vielmehr eine solche »negativer Publizität«: Das Faustpfandprinzip verlangt zur Wirksamkeit des Pfandrechts, dass dem Pfandbesteller der Besitz der Sache entzogen wird; ein Dritter, der eine beim Eigentümer verbliebene Sache erwerben oder als Pfand nehmen möchte, kann daher auf ihre Lastenfreiheit vertrauen. Des Unterschieds zwischen den beiden Wirkungsweisen sei man sich allerdings nicht immer deutlich genug bewusst.[250]

Als weiteres Motiv für die Abschaffung der Mobiliarhypothek macht *Leonhard* eine ausgeprägte **Besorgnis vor möglichem Missbrauch** dieses Instituts durch betrügerische Schuldner aus, insbesondere unter Rechtsanwälten und Richtern, die in ihrer Praxis relativ häufig mit derartigen – in Summe aber doch seltenen – pathologischen Fällen konfrontiert seien, während die große Masse redlich agierender Schuldner und Gläubiger die Gerichte nicht beschäftigen würde.[251] Daneben

---

248 Siehe *Svarez,* Jahrbücher für preußische Gesetzgebung, Band 41 (1833) 2: In jener Bestimmung, die ganz grundsätzlich den Besitz für die dingliche Wirkung von Sachenrechten erforderlich macht (Erster Theil, Titel II § 136 ALR) »liegt die Abschaffung der bloßen Conventional-Hypotheken, insoweit ein *ius reale contra tertium possessorem* entstand. Er harmoniert aber 1) mit den Prinzipiis des Römischen Rechts, nach welchen in der Regel kein Eigenthum oder anderes dingliches Recht *absque traditione* erworben werden konnte«.

249 Näher *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (200 ff; Zitate aus 201 bzw 202). Er ortet (201 FN 34) den »verhängnisvollen Einfluss[e] dieser Analogie« unter anderem wieder bei *Svarez,* wenn dieser meint, die Abschaffung der bloßen Konventionalhypothek durch das Besitzverschaffungserfordernis harmoniere »2) mit dem Geiste unserer Hypothekenordnungen, welche verlangen, daß alle Realrechte auf Immobilien eingetragen werden sollen« *(Svarez* aaO, FN 248).

250 Zum ALR siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip 57 ff sowie allgemein 10 f.

251 *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (188 f und – in variierter Form, mit Blick auf eine allfällige Eignung des Faustpfandprinzips zur Förderung des Personalkredits – 211 ff). Vgl auch *Svarez,* Jahrbücher für preußische Gesetzgebung, Band 41 (1833) 59, wo er zur Vorschrift in Erster Theil, Titel XX § 105 ALR, der zufolge bei Verpfändung einer beweglichen Sache durch Besitzkonstitut oder Rückstellung zum Besitz im Namen des Gläubigers kein Pfandrecht bestehe, anmerkt: »Die bisher stattgefundene entgegengesetzte Vorschrift kann eine Quelle unendlicher Betrügereien werden.«

wird diese Maßnahme von manchen als eine Art wohlwollend-bevormundender **Schutz potentieller Kreditnehmer vor leichtsinniger** und letztlich ruinöser **Kreditaufnahme** begrüßt.[252] Wo das Faustpfandprinzip bereits eingeführt worden sei – so etwa relativ früh schon in Preußen[253] –, habe es sich in der Praxis »**bewährt**« und sei unter den Rechtsunterworfenen ein Bedürfnis nach Wiedereinführung des besitzlosen Mobiliarpfands nicht laut geworden.[254] In der Spätphase der Kodifikationsära kann man sich schließlich auch darauf stützen, dass inzwischen »alle Kulturstaaten« das Faustpfandprinzip übernommen haben.[255] Dazu kommt nach Schilderung *Leonhards,* bezogen auf Deutschland im ausgehenden 19. Jahrhundert, mithin in einer Phase erstarkenden Nationalbewusstseins, politisch motivierte »Polemik gegen die römischen Doktoren, welche dem deutschen Volke fremde und unpassende Normen aufdrängen wollen«;[256] und es ist denkbar, dass in der vorangegangenen Naturrechtsära, auch ohne vergleichbares politisches Kalkül, im Ergebnis ähnliche Tendenzen bestanden haben. Und tatsächlich liegt die Lösung, das Mobiliarsicherungsrecht am Faustpfandprinzip auszurichten, wohl gerade auch insofern nahe, als sie nicht neu erscheint, sondern ein **Anknüpfen am Besitzpfand des älteren germanischen Rechts** (und durchaus auch des älteren

252 IdS die Stellungnahmen von *Reuling* und *Brunner* in Verhandlungen des 15. DJT II (1881) 111 f bzw 108; vgl letztlich auch *Cosack,* Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1889) 69 f (der das Problem der Kreditnot mancher Schuldner, die anders als durch Mobiliarverpfändung nicht zu Geld kommen können, grundsätzlich sehr wohl sieht). Ausführliche Diskussion dieses Arguments bei *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (196 ff), der es letztlich unter Effektivitäts- und Gleichbehandlungsgesichtspunkten verwirft: Völlige Sicherheit gegen die Gefahren der Kreditwirtschaft werde der Gesetzgeber niemals bieten können; weder zB dem Bauernstande durch Bevormundung in Hinblick auf die Verpfändung von Liegenschaften, dann aber sei auch eine Beschränkung der Handwerker durch Beschränkung der Mobiliarverpfändung nicht zu rechtfertigen. Kritisch später auch *Schöndorf,* Materialien zur Frage von der Mobiliarhypothek, ZHR 68 (1910) 483 (196 ff).

253 Siehe unten II.B.1.b.

254 Auch diese Motive referiert bei *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (181 f bzw 180 f); das Argument der »Bewährung« findet sich explizit in *Johows* Begründung zu seinem Sachenrechtsentwurf für das BGB (siehe unten Kapitel II.B.1.b.(ii.) bei FN 290). – *Leonhard* (aaO 181 f) kritisiert den Gedanken wie folgt: »Mit der praktischen Bewährung von Rechtssätzen hat es überhaupt eine eigenthümliche Bewandniß. Meist versteht man darunter nur, daß sie den Richtern und Advokaten in der Ausübung ihres Berufes keinerlei Unbequemlichkeiten verursacht haben. Allein hierin zeigt sich der Hauptwerth des Rechtes keineswegs.« Zur mangelnden Kritik durch die Rechtsunterworfenen macht er – zumindest für die damalige Zeit sicher nicht ohne Grund – geltend, dass das Zivilrecht und im gegebenen Fall das Pfandrecht »dem Privatmanne da, wo es ihn berührt, als ein ihm unfaßbares gewaltiges Chaos gegenüber [tritt], welches durch die Schreckhaftigkeit seiner Größe jede Kritik in ihm bekämpft« (aaO 181).

255 So ausdrücklich *Johow* in seiner Begründung zum Sachenrechtsentwurf für das BGB; siehe *Johow,* Sachenrecht II 1807 = *Schubert,* Sachenrecht II 779 (mit FN 3), näher referiert unten in Kapitel II.B.1.b.(ii.) bei FN 290).

256 Als verhängnisvolle aktuelle politische Schlagworte beklagt bei *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (181).

römischen Rechts) erlaubt. Der neuen Leitlinie haftet somit von Anfang an der Nimbus des in hehrer Vorzeit bereits Dagewesenen, lange Bewährten, Gesunden an. Sonstige Alternativen – außer einer Beibehaltung in etwa des status quo des römisch-gemeinrechtlichen Vertragspfandes – scheinen jedenfalls über lange Zeit nicht ernsthaft erwogen worden zu sein. Es waren vermutlich auch keine in Sicht, zumindest nicht in hinreichend ausgereifter Form.[257]

Dass das Faustpfandprinzip bei all dem auch **neue Probleme** schafft, nimmt augenscheinlich in der gesetzgeberischen Problemsicht und wohl auch in jener der Rechtsunterworfenen oft einen eher untergeordneten Rang ein. Dies gilt insbesondere für den Umstand, dass es den Rückgriff auf bestimmte Kategorien von Fahrnis, die zur Aufrechterhaltung des Wirtschaftsbetriebs de facto nicht aus der Hand gegeben werden können, für Besicherungszwecke zu verunmöglichen droht und damit ganze Wirtschaftszweige vom Zugang zum Realkredit abschneidet. Erst relativ spät, in Deutschland hauptsächlich erst in den 1880er-Jahren und vor allem nach Veröffentlichung des ersten Entwurfs zum BGB 1887, werden Stimmen laut, die davor warnen, vor allem Handwerk und Industrie, die auf die Nutzung ihrer Produktionsmittel angewiesen sind, vom Zugang zum Realkredit – und sei dies auch nur für kurzfristige Zwischenfinanzierungen – faktisch auszuschließen.[258] Gelegentlich wird nun auch die Registrierung besitzloser Pfandrechte in öffentlichen Büchern erwogen bzw als notwendige Begleitmaßnahme zum Faustpfand gefordert.[259] Die

257 Zu den ab den 1880er-Jahren in Deutschland fallweise gemachten Vorschlägen eines Registerpfandrechts für Mobilien gleich unten im Text.

258 Siehe insbesondere *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (193 ff), der den Kreis der als Kreditgrundlage sinnvollerweise zu nutzenden Mobilien noch deutlich weiter zieht und als Lösung für die Beibehaltung der Mobiliarverpfändung durch bloßen Vertrag eintritt. Zur Kreditbesicherung geeignet sieht er einerseits Sachen an, die erst nach längerer Zeit der Konsumation oder Verarbeitung zugeführt werden (zB Tierherden), andererseits solche, die zwar zunächst als Handelsobjekte zu fluktuieren, dann aber sich dauernd in festen Händen zu befinden pflegen, um meist erst, wenn sie abgenutzt und in ihrem Wert vermindert sind, wieder in das Verkehrsleben zurückgestoßen zu werden (193 f). Letzteres umfasst die meist im Vordergrund der Diskussion stehenden Werkzeuge und Maschinen ebenso wie verschiedenste Handwerksprodukte wie Möbel etc. Vgl auch *Leonhard,* Gutachten, in Verhandlungen zum 15. DJT I (1880) 91 (100 f, 109 f) und in Anschluss an *Leonhards* erstgenannten Beitrag *Wernick,* Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, in *Adams/Wilke* et al (Hrsg), Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft V (1888) 376 (379 ff). – Aus den Reihen der Kritiker ferner etwa *Gierke,* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889) 388 ff; *Cohen,* Die geschichtliche Entwicklung des Eigenthumsvorbehaltes, GrünhutsZ 21 (1894) 689 (728 ff: Gründe für Faustpfandprinzip durch wirtschaftliche Entwicklung überholt); *Leist,* Sicherung von Forderungen 7 ff (freilich mit offenem Ergebnis, vgl 108); sowie die Nw bei *Hromadka,* Faustpfandprinzip 170.

259 Vorreiter auch hier – für den Fall, dass sich das herkömmliche Konventionalpfand nicht beibehalten lasse – *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (220). Er hält diese Variante allerdings selbst offensichtlich für wenig erfolgversprechend, wenn man bedenke, »wie sehr unsere Gerichte und unser Verkehr mit solchen öffentlichen Büchern schon ohnehin belästigt sind«, und zumal der Wert eines solchen Registersystems als gering anzusehen sei, da das Eigentum an Mobilien

Gesetzgeber reagieren auf diese neuen Schwierigkeiten teils verhalten – mit eher eng gestrickten Sonderregelungen (zB im ALR und ABGB) –, teils auch gar nicht (wie im Fall des BGB).

Die gesetzgeberische Entwicklung wird im Folgenden kurz nachgezeichnet, wenngleich beschränkt auf die aus österreichischer Sicht wichtigsten Rechtsordnungen:[260] zunächst für Deutschland, mit Schwerpunktsetzung auf die aus österreichischer Perspektive besonders interessierenden Bereiche; dann für Österreich selbst.[261]

b. Die Entwicklung in Deutschland

(i.) Preußen: Faustpfand, gelockert durch Verpfändung mittels symbolischer Übergabe

In Preußen erfolgt die Einführung des **Faustpfandprinzips** schon relativ früh, und zwar durch die Hypothec- und Concurs-Ordnung von 1722. In deren § 29 wird verordnet, dass »hinkünftig … kein Pfand-Recht in beweglichen Vermögen constituiret werden solle, es wäre dann das Pfand dem Creditori würcklich zu Händen gestellet …«.[262] In der nachfolgenden preußischen Gesetzgebung wird hieran nichts Grundsätzliches geändert: Sowohl die Declaration von 1785 als auch das Allgemeine Landrecht von 1794 sehen vor, dass zur Begründung eines Pfandrechts

natürlicherweise nicht unter Buchkontrolle gehalten werden könne. Für ein Registerpfandrecht plädieren wenige Jahre später ferner *Wernick* in *Adams/Wilke* et al, Gutachten aus dem Anwaltstande V 376 (377 ff, insb 382 ff); *Scholler,* Pfandrecht und Grundschuld, in *Adams/Wilke* et al (Hrsg), Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft V (1888) 359 (371 ff); *Gierke,* Entwurf 388 ff. Dagegen *Cosack,* Sachenrecht 70, einerseits mit Hinweis auf zusätzliche Belastungen des Verkehrs (»Wir haben wahrlich genug öffentliche Register …«), andererseits aus Besorgnis, dass bei Gattungssachen durch das Register die Identität der zu Pfand gegebenen Stücke nicht festgestellt werden könnte. Mit teilweise ähnlicher Begründung wendet sich auch *Johow* gegen ein Registerpfandrecht; siehe *Johow,* Sachenrecht II 1808 = *Schubert,* Sachenrecht II 780 (zitiert unten in Kapitel II.B.1.b.(ii.) bei FN 291).

260 Für die Entwicklung in Frankreich siehe etwa *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 432 ff; einführend auch unten IV.C.2.a.

261 Den Anfang macht das deutsche Recht trotz des späteren Abschlusses der Kodifikationsentwicklung zum einen deshalb, weil die Entwicklung früher begonnen hat (und insbesondere das preußische ALR zum Teil auf die österreichische Gesetzgebung abfärbt); zum anderen auch schlicht aus dem Grund, dass die Entwicklungen und insbesondere deren Gründe im Schnitt besser dokumentiert sind.

262 Näher hierzu *Hromadka,* Faustpfandprinzip 51 ff. Die Norm nennt auch selbst das Motiv für diese Änderung, nämlich die Vermeidung »beschwerlicher Prozesse« zwischen Generalhypothekaren und Erwerbern beweglicher Sachen, die redlicherweise von der Lastenfreiheit des Kaufgegenstands ausgegangen sind und sich nun mit Herausgabeansprüchen konfrontiert sehen. Ob die Bestimmung dabei allerdings den Schutz des Sacherwerbers (Verkehrsschutz) im Auge hat oder umgekehrt jenen des Pfandgläubigers (Sicherung des Kreditverkehrs), wird hieraus nicht deutlich; *Hromadka* (aaO 51 f) nimmt Zweiteres an.

an Fahrnis die Übergabe der Sache erforderlich ist.[263] An Begründung wird nicht viel geliefert.[264]

Daneben sieht das preußische Recht in gewissem Umfang allerdings auch Ausnahmen vor, in denen von der Übergabe des Pfandgegenstands an den Gläubiger abgesehen wird. Sie sind aus österreichischer Sicht quasi als Vorläufer der Verpfändung durch »**symbolische Übergabe**« nach § 452 iVm § 427 ABGB von besonderem Interesse, was hier eine besondere Schwerpunktsetzung bei der Erörterung dieser Bestimmungen rechtfertigt. Den ersten Schritt setzt die erwähnte Declaration von 1785, deren eigentlicher Anlass gerade die Behebung von Zweifeln darüber gewesen ist, inwieweit bei beweglichen Sachen, »bey welchen, ihrer Natur nach, oder gewisser besondern Umstände wegen, eine eigentliche Natural-Übergabe aus der Hand des Verpfänders, in die des Pfandnehmers, nicht erfolgen kann, die Bestellung eines handhabbaren Pfandrechts … statt finden könne?«[265] Das ALR greift diesen Ansatz auf und regelt die Verpfändung beweglicher Sachen durch symbolische Übergabe umfassend, und zwar durch allgemeine Bestimmungen (ALR I 20 §§ 271–280) sowie besondere Regeln für die Verpfändung von Forderungen (ALR I 20 §§ 281–298), Frachtschiffen (ALR I 20 §§ 300–328), Kaufmannswaren (ALR I 20 §§ 329–366) samt Sonderregeln bei Verpfändung solcher Waren an Banken (ALR I 20 §§ 380–389), sowie für ein- bzw ausgehende auf Transport befindliche Waren (ALR I 20 §§ 367–373 bzw §§ 374–379).

Der **Tatbestand** einer solchen Verpfändung ohne wirkliche Übergabe nach ALR kann in etwa folgendermaßen umrissen werden: Erstens ist diese von vornherein nur für bestimmte Vermögenswerte zulässig, nämlich bei Sachen, »wo entweder die Natur des Gegenstandes keine eigentliche körperliche Uebergabe zuläßt, oder wo die Gesetze die Parteyen ausdrücklich davon dispensiren« (ALR I 20 § 271). Danach werden schon ganz grundsätzlich zwei Kategorien unterschieden: einer-

---

263 § 1 der »Declaration, wie es mit den Verpfändungen von Schiffen, auch andern beweglichen Sachen und Waaren gehalten werden soll« von 1785. Aus dem ALR siehe insbesondere die Bestimmungen in Erster Theil, Titel XX, §§ 6 f, 9 f, 105. Eingehend hierzu aus heutiger Sicht *Hromadka,* Faustpfandprinzip 54 ff, auf den für Näheres verwiesen werden kann; Überblick bei *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 472 ff; *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 5 ff. Aus der Geltungszeit des ALR *Bornemann,* Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts IV² (1844) 198 ff.

264 Vgl die nähere Analyse bei *Hromadka,* Faustpfandprinzip 55 ff, dem zufolge sich die knappen Äußerungen in Materialien bzw Gesetzestexten selbst auf drei Motive reduzieren lassen: Schutz des Pfandgläubigers vor betrügerischem Wegschaffen der Pfandsache, Schutz von Sacherwerbern und späteren Pfandgläubigern vor unbekannten Belastungen. Zu letzteren beiden Aspekten für das ALR auch *Svarez* in der in FN 231 zitierten Passage seiner amtlichen Vorträge. Daneben wird die Harmonie mit dem Titel- und Modus-Prinzip hervorgehoben (vgl abermals *Svarez,* zitiert in FN 248).

265 Einleitung zur Declaration vom 16. 7. 1785, zitiert nach *Hromadka,* Faustpfandprinzip 61. Dort 61 ff auch zu einzelnen Bestimmungen, die in weiten Teilen jenen des ALR ähneln *(Bornemann,* Systematische Darstellung IV² 203: das ALR habe die Bestimmungen der Declaration mit einigen Modifikationen übernommen). Die hiesige Darstellung beschränkt sich auf das ALR.

seits Fälle, in denen die körperliche Übergabe schlechterdings **unmöglich** ist; hier sind lediglich die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 272–274 zu erfüllen;[266] und andererseits die gesetzlich besonders geregelten Fälle, worunter etwa die oben erwähnten Bestimmungen über die Verpfändung von Kaufmannswaren fallen.[267] In diesen Sonderregeln finden sich dann teilweise Ausdehnungen bzw auch Einschränkungen des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs: So wird der sachliche Anwendungsbereich der Bestimmungen über Kaufmannswaren gegenüber dem in § 271 erwähnten Fall der eigentlichen Unmöglichkeit der körperlichen Übergabe in § 330 ausdrücklich auf Fälle der **Untunlichkeit** (»nicht ohne erhebliche Unbequemlichkeiten und Kosten«) erweitert.[268] Hingegen wird das Regime in persönlicher und insoweit auch sachlicher Hinsicht eingeschränkt auf Kaufleute in Bezug auf ihre Waren (§ 331), Fabrikanten in Bezug auf ihre Absatzprodukte (§ 332) sowie auf Besitzer adeliger Güter und Pächter königlicher Ämter, die »Getreide oder andere Gutserzeugnisse in den Marktstädten aufschütten oder einsetzen« (§ 333). Daraus folgt beispielsweise, dass in Hinblick auf Werkzeuge und Produktionsmaschinen, sofern bei Letzteren nicht die körperliche Übergabe schlechthin unmöglich wäre,[269] eine Verpfändung durch körperliche Übergabe nach ALR nicht zulässig ist.

Weitere Tatbestandserfordernisse[270] der Verpfändung durch symbolische Übergabe sind nach den erwähnten allgemeinen Bestimmungen zunächst eine schriftliche Erklärung des Schuldners, den Besitz dem Gläubiger übertragen zu

---

266 IdS *Bornemann,* Systematische Darstellung IV² 203; *R. Koch,* Ueber Verpfändung mittelst symbolischer Uebergabe, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 5 (1871) 341 (349 f).

267 Funktion der einleitenden Bestimmung ALR I 20 § 329 ist es demnach, die Verpfändung durch symbolische Übergabe in den nachstehend geregelten Fällen ausdrücklich zuzulassen: »Auch bey gewissen Waarenartikeln, welche der Gegenstand eines kaufmännischen Verkehrs sind, kann eine Verpfändung durch symbolische Uebergabe geschehen.«

268 Vgl ALR I 20 § 330, der als Gründe für die Unmöglichkeit bzw Untunlichkeit der Naturalübergabe überdies drei denkbare Fälle nennt: die Beschaffenheit der Sache, die übliche Art ihrer Aufbewahrung, sowie schlicht die Abwesenheit der Sache. Die Bestimmung lautet: »Doch gilt dieses nur von solchen Waaren, die nach ihrer Natur, oder nach der in Handelsstädten üblichen Art ihrer Aufbewahrung, oder weil sie sich in der Gewahrsam des Verpfänders selbst nicht befinden, entweder gar nicht, oder doch nicht ohne erhebliche Unbequemlichkeiten und Kosten, dem Pfandgläubiger körperlich übergeben werden können.«

269 Was in einer E des königlichen preußischen Obertribunals vom 19.9.1846 (ObTribE 13, 243) für Fabrikutensilien, »die eben bei ihrer Bestimmung zum Fortbetriebe keine vollkommene Uebergabe zur ausschließlichen Gewahrsam des Pfandgläubigers zuließen« tatsächlich bejaht wurde; zitiert nach *R. Koch,* Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 5 (1871) 341 (349). *Hromadka,* Faustpfandprinzip 62 FN 44 meint, es scheine hier allerdings ein Besitzkonstitut vorgelegen zu haben.

270 Vgl hierzu etwa *Bornemann,* Systematische Darstellung IV² 202; *Dernburg,* Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I⁵ 905; *Hromadka,* Faustpfandprinzip 62; eingehend und kritisch zum Verhältnis von symbolischer Besitzübertragung und »Maßregeln« sowie zu Letzteren im Einzelnen auch *Johow,* Sachenrecht II 1814 ff = *Schubert,* Sachenrecht II 786 ff.

wollen (ALR I 20 § 273); sodann – und zwar als separate Tatbestände – die **Besitzübertragung durch taugliche Zeichen** (ALR I 20 §§ 272 f) und außerdem die Vornahme von »**Maßregeln**«, vermöge derer Dritten erkennbar werden soll, dass dem Verpfänder nicht mehr die freie Disposition über die Pfandsache zusteht (ALR I 20 § 274). Die beiden letztgenannten Voraussetzungen überschneiden einander zum Teil: Hinsichtlich der Besitzübertragung durch symbolische Übergabe wird an die diesbezügliche gemeinrechtliche Lehre angeknüpft. Das ALR enthält dazu allgemeine Bestimmungen, die letztlich allerdings nicht besonders aussagekräftig sind.[271] Einschränkende Funktion kommt daher nach dem ALR den genannten »Maßregeln« zu. Die schon erwähnte allgemeine Regel in ALR I 20 § 274 trifft hierzu folgende Anordnung: »Es müssen aber auch noch außerdem zwischen dem Verpfänder und Pfandgläubiger solche Maaßregeln genommen werden, daß kein Dritter, ohne eignes grobes Versehen, verleitet werden könne, zu glauben, als ob dem Verpfänder über die Sache und deren Besitz annoch die freye Disposition zustehe.« Selbst ein leicht fahrlässig agierender Dritter soll also durch die zu treffende Maßnahme vor falschen Schlussfolgerungen über die Dispositionsbefugnis bewahrt werden können. Wesentliche Funktion der in den Folgeabschnitten getroffenen Sonderbestimmungen ist es sodann, zu konkretisieren, welche Maßnahmen für bestimmte Fälle im Allgemeinen als ausreichend gelten sollen.[272] Einige Beispiele aus der umfangreichen Kasuistik solcher »Maßregeln« für den Bereich der Handelswaren sollen hier genügen:[273] Bei versperrten Waren steht die Übergabe der Schlüssel im Vordergrund (ALR I 20 §§ 338 ff); ist eine Absonderung der Ware nicht möglich oder nicht gewollt, müssen die Parteien den Schlüssel einem gemeinschaftlichen Aufseher anvertrauen und denselben von der Verpfändung benachrichtigen (§ 341), wobei der Aufseher »zugleich ausdrücklich darüber zu vernehmen [ist]: ob die Waare seines Wissens noch gar nicht, oder auf wie hoch nur, an einen andern Gläubiger schon verpfändet sey« (§ 363). Bei der Verpfändung von gelagerten Holzwaren ist »Bezeichnung der zugänglichen Stücke mit einer Marke des Pfandnehmers« vorgesehen (§ 356), es muss aber »noch eine ausdrückliche Bekanntmachung und Anweisung an die Holzwärter oder Aufseher, dergleichen Holz ohne Vorwissen des Pfandgläubigers an niemanden zu verabfolgen,

---

271 Siehe ALR I 7 §§ 62–65. Danach können »[d]ie Zeichen …, wo die Gesetze nicht besondere Ausnahmen machen, willkürlich gewählt werden« (§ 62), »[n]ur müssen dieselben von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, und von der andern, denselben zu ergreifen, hinlänglich andeuten« (§ 63).

272 Deutlich wird diese Funktion der Sonderbestimmungen insbesondere in ALR I 20 §§ 336 f betreffend Warenverpfändungen: Auf die in der Folge angeordneten Bestimmungen hat der Richter bei seiner Beurteilung, ob konkret getroffene Maßnahmen ausreichen oder nicht, »vorzüglich Rücksicht [zu] nehmen«.

273 Weitere Beispiele bei *Hromadka,* Faustpfandprinzip 63 ff; vgl auch *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 8 f.

hinzukommen« (§ 357), welche ihrerseits durch das Gericht oder einen Justizkommissar zu erfolgen hat und darüber ein förmliches Protokoll aufzunehmen ist (§§ 361 f). Kerngedanke der »Maßregeln« ist damit, wie bereits aus dem allgemeinen § 274 hervorgeht, die Verpfändung erkennbar zu machen und dem Pfandbesteller die alleinige Verfügungsmöglichkeit über die Pfandsache abzuschneiden.[274] Damit übernehmen die »Maßregeln« bei Verpfändung durch symbolische Übergabe jene Funktionen, die *Hromadka* für das ALR auch als Funktionen der Besitzübertragung beim Faustpfand identifiziert hat:[275] Schutz des Pfandgläubigers vor Wegschaffung des Sicherungsgegenstands, Schutz eines potentiellen Sacherwerbers und potentieller späterer Pfandgläubiger vor Erwerb bzw Hereinnahme einer vermeintlich pfandfreien, in Wahrheit aber belasteten Sache. Die dritte Kategorie potentiell schutzbedürftiger Dritter, nämlich künftige Gläubiger, die ohne dingliche Sicherung, aber im Vertrauen auf den vermeintlich bestehenden Haftungsfonds Kredit zu gewähren oder zu prolongieren bereit sind, ist nach *Hromadka* nicht Schutzadressat des Faustpfandprinzips im ALR.

Dies bestätigt sich für die Verpfändung durch symbolische Übergabe durch einen Blick auf die **Rechtsfolgen** im Falle unzureichender »Maßregeln«. Diese sind (nicht nur) aus heutiger Perspektive durchaus eigentümlich ausgestaltet:[276] Die Verpfändung ist in solchen Fällen nämlich nicht gänzlich ungültig – wie dies bei Fehlen der Voraussetzungen des § 452 ABGB der Fall wäre –, sondern grundsätzlich wirksam. Für die Rechtsfolgen im Einzelnen differenziert das ALR danach, ob der Dritte schon Naturalbesitz an der Sache erlangt hat oder nicht. Im ersten Fall kann der Pfandgläubiger gegen einen redlichen Dritten von seinem Pfandrecht keinen Gebrauch machen (ALR I 20 § 275).[277] Im zweiten Fall bleibt das Pfandrecht wirksam, der Pfandgläubiger wird dem Dritten jedoch (subsidiär zum Verpfänder) schadenersatzpflichtig (ALR I 20 §§ 276 f): »Ist, wegen Unzulänglichkeit dieser Maaßregeln, ein Dritter verleitet worden, mit dem Verpfänder über die Sache in Verträge sich einzulassen; so bleibt zwar, so lange, noch keine Naturalübergabe an diesen Dritten erfolgt ist, das Pfandrecht des Gläubigers in seiner Kraft; Der Pfändgläubiger muß aber einem solchen Contrahenten, wegen alles demselben daraus entstehenden wirklichen Schadens, in so fern der Verpfänder selbst dazu

274 Vgl *Hromadka,* Faustpfandprinzip 65. Kritik an der Eignung einiger Bestimmungen (zB zur Bearbeitung verschlossener Waren) zu diesem Zweck bei *Johow,* Sachenrecht II 1814 f = *Schubert,* Sachenrecht II 786 f.

275 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 56 f; vgl auch oben II.B.1.a.

276 Zum Folgenden *Bornemann,* Systematische Darstellung IV^2 202 f; vgl auch *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 9.

277 Funktional entspricht dies einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb (wenn der Dritte Eigentum erwirbt) bzw einem gutgläubigen Erwerb eines besseren Rangs (wenn der Dritte Pfandnehmer ist). Ist der Dritte unredlich, bleibt das Pfandrecht des Gläubigers ohne weiteres durchsetzbar.

nicht vermögend ist, gerecht werden.« Das hier verfolgte Konzept des ALR kann man mit Recht als widersprüchlich kritisieren, geht das Gesetz doch grundsätzlich davon aus, dass ohne äußere Erkennbarkeit kein Pfandrecht bestehen soll. Damit ist dann aber schwer vereinbar, dass bei Verpfändung durch symbolische Übergabe diese Art der Besitzübertragung für die Pfandbegründung augenscheinlich genügen soll und Letztere nicht zusätzlich vom Setzen geeigneter Maßregeln abhängt. Erst diese stellen ja die Erkennbarkeit des Rechts nach außen sicher, erhalten aber nur die Funktion, das infolge Besitzübertragung wirklich bestehende Pfandrecht publik zu machen.[278]

Uns interessiert hier jedoch primär ein anderes: Um wessen Schutz geht es dem ALR hier? **Wer ist »Dritter«** iSd § 275, »welcher zum Naturalbesitze … gelangt ist«? Die Antwort muss lauten: Derjenige, der die Sache zu Eigentum erworben oder sie zum Pfand genommen hat. Nur für diese Personen passt ferner die Rede vom Dritten, der sich »mit dem Verpfänder über die Sache in Verträge … eingelassen« hat (§ 276), und vom »Contrahenten«, zu dessen Schutz das ALR in § 277 den Pfandgläubiger in ein gesetzliches Schuldverhältnis zwingt und subsidiär schadenersatzpflichtig macht. Anders gewendet: Dem Sacherwerber und dem späteren Pfandnehmer wird geholfen. Um den Schutz künftiger ungesicherter Gläubiger, die allenfalls im Vertrauen auf einen vorhandenen Haftungsfonds disponieren, kümmert sich das preußische Gesetz, das stets jeden Einzelfall bedenken will, erkennbar nicht.

(ii.) Gesamtdeutsche Gesetzgebung: Faustpfand in Reinform, Sicherungsübereignung als Fluchtpunkt

1. In der nachfolgenden deutschen Gesetzgebung findet die Verpfändung durch symbolische Übergabe nur noch vereinzelt Nachhall.[279] Die Zukunft gehört letztlich allein dem Faustpfand. Dies gilt insbesondere im sukzessive entstehenden **deutschen Einheitsrecht.** Dabei sind die Mittel – ob in dieser Form beabsichtigt oder nicht – zunächst eher indirekte: Das **ADHGB** von 1861 führt zwar keine Vereinheitlichung der Bestimmungen über die Begründung eines Fahrnispfands

---

278 Vgl die Kritik bei *Bornemann,* Systematische Darstellung IV² 203.

279 So im (preußisch dominierten) Norddeutschen Bund mit einem »Gesetz, betreffend die Gründung öffentlicher Darlehenskassen und die Ausgabe von Darlehenskassenscheinen« vom 21.7.1870 (dort § 6); dazu *R. Koch,* Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 5 (1871) 341. – Mitverantwortlich für das Absterben der Verpfändung durch symbolische Übergabe war letztlich wohl auch *Savignys* siegreiche Bekämpfung der gemeinrechtlichen Lehre von der symbolischen Tradition im Allgemeinen, vgl *R. Koch* aaO 341. Siehe hierzu *Savigny,* Das Recht des Besitzes⁷ (1867/Nachdruck 1967) 207 ff (1. Aufl 1803). Auf die Überwindung des ehemals zu eng verstandenen Begriffs der wirklichen Übergabe, wodurch eine eigenständige Kategorie der »symbolischen« Übergabe teils entbehrlich werde, bezieht sich neben anderem auch *Johow* in seiner Begründung zum Sachenrechtsentwurf für das BGB, vgl *Johow,* Sachenrecht II 1812 ff = *Schubert,* Sachenrecht II 784 ff; hierzu unten bei FN 293.

herbei, es verbietet insbesondere die Mobiliarhypothek – wo sie noch besteht – nicht, sondern beschränkt sich grundsätzlich darauf, unter Kaufleuten für die Bestellung eines Faustpfands zur Sicherung einer Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften eine formlose Verpfändungsvereinbarung und die Besitzübertragung an den Gläubiger genügen zu lassen (Art 309 ADHGB). Ziel ist vornehmlich die Beseitigung bisheriger Formvoraussetzungen namentlich in den französischem Zivilrecht unterliegenden rheinischen Ländern. Daneben wird mit Art 306 ADHGB (dem Vorläufer des späteren § 366 HGB) allerdings erstmals eine Gutglaubenserwerbsregel eingeführt. Damit werden, sofern die Verpfändung einer beweglichen Sache durch einen Kaufmann in dessen Handelsbetrieb erfolgt, einerseits bisher dem Faustpfandprinzip – wo es bereits in Geltung steht – vorbehaltene Schutzfunktionen von einem zweiten Normkomplex mit übernommen; insoweit kann man auch von potentiellen Ersatzinstituten zum Faustpfandprinzip sprechen. Dies betrifft den Schutz des Sacherwerbers und des späteren Pfandgläubigers vor unbekannten, der Sache bereits anhaftenden Pfandbelastungen durch Einführung eines gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerbs (Art 306 Abs 1 ADHGB) bzw den Schutz des Pfanderwerbers durch gutgläubigen Erwerb eines besseren Pfandrangs (Art 306 Abs 2 ADHGB).[280] Den Effekt dieser Entwicklung fasst *Hromadka* zugespitzt dahin zusammen, das Faustpfandprinzip habe »in weiten Bereichen seine ursprüngliche Funktion – Schutz des gutgläubigen Erwerbers oder Pfandnehmers – durch Art 306 ADHGB verloren«.[281]

Von praktisch vielleicht noch wesentlicherer Bedeutung ist das Schließen bisher bestehender weiterer Schutzlücken: Neben einem gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten in Abs 1, der zwar nicht dem Pfandwesen, wohl aber dem Warenverkehr insgesamt erheblich mehr Sicherheit (aus Abnehmerperspektive) bringt, eröffnet Abs 2 nun auch den gutgläubigen Erwerb eines Pfandrechts, falls der Verpfänder nicht Eigentümer war – vorausgesetzt, die Sache wird dem Pfandnehmer körperlich übergeben. Effekt der Regelungen in Abs 2 ist, dass das Faustpfand noch erheblich an Attraktivität gewinnt: Wer sich ein solches von einem Kaufmann bestellen lässt, kann sich seines Rechtserwerbs erstmals auch für den Fall sicher sein, **vom Nichtberechtigten** erworben zu haben.

2. Die Attraktivität des Faustpfands gegenüber der (in manchen deutschen Gebieten nach wie vor zulässigen) Mobiliarhypothek steigt noch weiter durch § 40 der **Reichs-Konkursordnung** (RKO) von 1877: (Nur) das Faustpfandrecht gewährt

280 Näher zum Bisherigen *Hromadka,* Faustpfandprinzip 120 ff mwN, auf dessen Ausführungen verwiesen werden kann.

281 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 130; vgl auch *Hromadka,* Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR 111 (1970) 117 (140 f). In der Sache ähnlich *Hedinger,* Über Publizitätsdenken im Sachenrecht (1987) 67 f.

ein Absonderungsrecht im Konkurs. Die Mobiliarhypothek ist hiermit keineswegs abgeschafft, jedoch praktisch wertlos geworden.[282] Dass dies zum praktischen Absterben des besitzlosen Mobiliarpfands führen wird, nehmen die Motive wohlwollend in Kauf.[283] Als Normzweck nennen die Motive nun ausdrücklich den **Schutz späterer (ungesicherter) Gläubiger.** Sollen diese »in der Beurtheilung der Vermögenslage ihres Schuldners nicht ungebührlich getäuscht und der Kredit überhaupt nicht empfindlich verletzt werden, so muß Jedermann in der Lage gewesen sein, diese rechtliche Absonderung des Gegenstands thatsächlich zu erkennen«.[284] Ob die Gewahrsamsaufgabe, die für ein konkursfestes Pfandrecht gefordert wird, wirklich in der Lage ist, das Vertrauen späterer allgemeiner Gläubiger darin zu rechtfertigen, beim Schuldner befindliche bewegliche Sachen würden ihnen falls erforderlich zu Befriedigungszwecken zur Verfügung stehen, hinterfragen die Motive zur RKO nicht weiter. Das ist insoweit verständlich, als sie den Zweck dieses Gesetzes in Bezug auf das Pfandrecht von vornherein als einen begrenzten begreifen: Eine einheitliche Regelung des Mobiliarpfandrechts oder auch nur seiner Entstehungsvoraussetzungen ist nicht bezweckt; »der Entwurf greift in dasselbe nur soweit ein, als es für das Konkursrecht und das Konkursverfahren unbedingt nöthig ist«.[285] Damit ist die Fragestellung von vornherein auf den Konflikt zwischen Pfandgläubiger und ungesicherten Gläubigern *um die pfandverhaftete Sache* beschränkt. Dass die Antwort lautet, ein Absonderungsrecht und damit der Vorzug gegenüber den allgemeinen Gläubigern könne nur für solche Ansprüche eingeräumt werden, »deren unmittelbares ausschließliches Verhältnis zur Sache Jedermann und insbesondere den übrigen Gläubigern erkennbar ist«,[286] ist durchaus folgerichtig. Dass das Faustpfand aber darüber hinaus ein Vertrauen darauf rechtfertigen würde, in der Gewahrsame des Schuldners befindliche bewegliche Sachen würden *allgemein* im Bedarfsfall als Haftungsfonds zur Verfügung stehen, ist damit nicht gesagt und sollte aufgrund der beschränkten Funktion des Faustpfands für die RKO vermutlich auch gar nicht gesagt werden. Allein: nur auf eine solche allgemeine Grundlage kann es einem späteren potentiellen Gläubiger bei seiner Kreditierungsentscheidung ankommen. Ob die »im Vermögen« des Schuldners sichtbare Sache verpfändet oder aus anderen Gründen dem Zugriff des Gläubigers entzogen ist (Miete, Eigentumsvorbehalt), spielt für Letzteren ja keine Rolle.[287] Die Suggestivkraft des Arguments,

282 Für Näheres siehe wieder *Hromadka,* Faustpfandprinzip 127 ff; vgl auch *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 92 f.

283 Motive zur RKO 197 = *Hahn,* Materialien IV 192: »Man kann daher ohne Bedenken für den Konkurs, und damit freilich für das Leben, die Mobiliarhypothek zu Grabe tragen.«

284 Motive zur RKO 189 = *Hahn,* Materialien IV 186; vgl auch bei FN 286.

285 Motive zur RKO 196 = *Hahn,* Materialien IV 191.

286 Motive aaO.

287 Dass man sich als kreditierender Drittgläubiger nicht darauf verlassen sollte, eine im Kreditierungszeitpunkt beim Schuldner vorhandene Sache werde auch künftig noch vorhanden sein

das Faustpfand stelle den Vertrauensschutz für künftige ungesicherte Gläubiger sicher, ist gleichwohl enorm. Unversehens werden so dem Faustpfand leicht Funktionen beigemessen, die es gar nicht erfüllen kann.

3. Damit aber sind die Schienen für die Reichsgesetzgebung, deren nächster Schritt in den **Vorarbeiten zum BGB** besteht, endgültig gelegt. *Johow,* Mitglied der ersten Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs und für diese als Redaktor des 1880 vorgelegten **Teilentwurfs zum Sachenrecht** tätig,[288] knüpft in der Begründung zu seinem Entwurf für die Mobiliarpfandbestellung ausdrücklich an die RKO an, durch die »[i]n Ansehung der Form der Verpfändung … dem B.G.B. bereits vorgearbeitet« sei.[289] Man folge »augenscheinlich einem unwiderstehlichen Zuge der Rechtsentwicklung, welche auf der Grundlage deutscher, der Natur der beweglichen Sache entsprossenen Rechtsgedanken seit dem vorigen Jahrhundert … die Beseitigung der Mobilienhypotheken erstrebt, wenn man auch in dem vorliegenden Entwurf sich zu dem Faustpfandprinzipe bekennt. Diese Rechtsentwicklung ist überall als eine wohlthätige empfunden. Es bietet sich von keiner Seite her ein Anlaß, den Strom der Entwickelung in das verlassene Bett zurückzuleiten«. Unterlegt wird dies mit einer Fußnote, der zufolge das Faustpfandprinzip »in allen Kulturstaaten« herrsche; verwiesen wird auf Österreich, Frankreich, das englisch-amerikanische Recht und den Entwurf eines schweizerischen OR von Juli 1879. Dies mündet in die Schlussfolgerung: »Es wird daher einer weiteren Begründung der Annahme des Faustpfandsprinzips nicht bedürfen.« Ergänzend wird dann allerdings doch noch auf den Einklang dieser Lösung mit dem Traditionsprinzip bei der Eigentumsübertragung und dessen großteils auch hier passende Gründe hingewiesen; konkret darauf, »daß insbesondere nur durch das Faustpfandsprinzip von dem Verkehr mit beweglichen Sachen die Gefahr unerkennbarer Pfandrechte ferngehalten werden, und zugleich der Pfandnehmer die Sicherheit erlangen kann, die Geltendmachung seines Rechtes nicht dadurch überaus erschwert, ja ganz vereitelt zu sehen, daß das Pfand von Hand zu Hand geht«.[290] Auf Sachargumente reduziert, geht es somit um den Schutz des Pfandgläubigers davor, das Pfandobjekt in die Hände Dritter verfolgen zu müssen, sowie natürlich primär um den Schutz des »Verkehrs«, wobei nicht spezifiziert wird, welchen Kategorien von Dritten die gesetzliche Fürsorge gilt.

---

und damit zur Befriedigung des Anspruchs herangezogen werden können, steht noch auf einem zusätzlichen Blatt.

288 Zu diesen Vorarbeiten im Allgemeinen und zum Wirken *Johows* im Besonderen *Schubert,* Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung (1966) 23 ff; *Schubert,* Einleitung, in *Schubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht I (1982) XI ff.

289 *Johow,* Sachenrecht II 1806 = *Schubert,* Sachenrecht II 778.

290 Alle obigen Zitate aus *Johow,* Sachenrecht II 1807 = *Schubert,* Sachenrecht II 779 (mit FN 3).

Ausdrücklich wendet sich *Johow* auch dagegen, als Ersatzform zur Übergabe die Eintragung eines besitzlosen Pfandrechts in öffentliche Bücher zuzulassen. Eine solche »Ingrossation« komme einmal als allgemeine Verpfändungsform in den deutschen Ländern nicht mehr vor, insbesondere sei sie aber »durchaus ungeeignet wegen der Veränderlichkeit der beweglichen Sachen und der Schwierigkeit der Feststellung der Identität.«[291] In Zusammenhang mit den Anforderungen an die vom Entwurf vorgeschriebene Besitzübertragung wird klargestellt, dass eine solche mittels *constitutum possessorium* dem Faustpfandprinzip nicht genügen würde.[292] Eingehend setzt sich *Johow* schließlich mit der Berechtigung einer eigenständigen Verpfändung durch symbolische Übergabe insbesondere nach dem Muster des ALR auseinander. Er lehnt sie klar ab; teils mit dem Hinweis, dass diese Doktrin inzwischen allgemein überwunden sei und einige der Sache nach anerkennungswürdige Fälle durch das inzwischen für richtig erkannte weitere Verständnis der wirklichen Übergabe abgedeckt seien. In anderen Fällen, wobei er insbesondere auf Einzelbestimmungen über Kaufmannswaren Bezug nimmt, könne von einer Gewahrsamsaufgabe des Verpfänders keine Rede sein, weshalb sie nicht weiter zu berücksichtigen seien. Insbesondere aber sehe sein Entwurf für einige vom ALR bei der symbolischen Übergabe eingeordnete Fälle, wie die Verpfändung von Forderungen und Schiffen, ohnehin ausdrückliche Regelungen vor (§§ 479 ff bzw §§ 473 ff TE-Sachenrecht). Und in selber Weise werde nun auch für jene Bereiche verfahren, bei denen er offensichtlich das hauptsächlich verbliebene Schutzbedürfnis ortet: bei Waren auf dem Wasser- oder Landtransport sowie bei eingelagerten Waren in der Gewahrsame Dritter. Hierfür wird in § 467 des Entwurfs vorgesehen, dass die Übergabe des auf den Pfandgläubiger übertragenen Lagerscheins, Ladescheins, Konnossements oder ähnlichen Papiers der Übergabe der Sache gleich steht, sofern der Gläubiger mittels des Papiers in der Lage ist, über den Gegenstand der Verpfändung zu verfügen.[293]

Johows Auseinandersetzung ist die ausführlichste Begründung des Faustpfandprinzips aus den Reihen der Gesetzgebungskommissionen geblieben. Die **Motive der ersten Kommission** von 1888[294] beschränken sich im Wesentlichen auf

291 *Johow,* Sachenrecht II 1808 = *Schubert,* Sachenrecht II 780; dort in FN 3 auch Hinweis auf §§ 874 f des damals geltenden Züricher Gesetzbuchs, das eine solche Verpfändung durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch des »Gemeindeammanns« noch zugelassen hat, wobei »die verpfändeten Gegenstände aus der Bezeichnung in Verbindung mit den Umständen deutlich zu erkennen« sein müssen und ein »erheblicher Zweifel darüber, ob gewisse Gegenstände als Pfänder gemeint waren, … die Gültigkeit des Pfandrechts [hindert]«.

292 *Johow,* Sachenrecht II 1810 = *Schubert,* Sachenrecht II 782 mit Verweis auf zahlreiche gleichsinnige partikularrechtliche Bestimmungen.

293 Siehe im Einzelnen *Johow,* Sachenrecht II 1812 ff = *Schubert,* Sachenrecht II 784 ff.

294 Zu den Hauptberatungen der 1. Kommission *Schubert,* Entstehung der Vorschriften 30 ff, zum letztlich verabschiedeten Entwurf und den Motiven insb 34 f. Letztere wurden von Mitarbeitern der jeweiligen Redaktoren unter Benutzung der Sitzungsprotokolle und der Motive zu

den Hinweis, das Faustpfandprinzip sei aufgrund der Vorschriften der Reichs-Konkursordnung zur Geltendmachung des Pfandrechts im Konkurs überall im Deutschen Reich angenommen, auch wo es bis dahin noch nicht streng durchgeführt war.[295] Etwas näher begründet wird lediglich, warum für die im Entwurf geforderte Übergabe das Besitzkonstitut nicht ausreicht. Soweit hier von Interesse, wird vorgebracht, Pfandbestellungen mittels *constitutum possessorium* würden »vielfach benutzt werden…, um geheime, die Sicherheit des Verkehrs, namentlich auf den Fall des Konkurses hin, beeinträchtigende Pfandrechte zu schaffen«.[296] Welche Verkehrsinteressen bzw die Interessen welcher Typen von Dritten hier angesprochen werden sollen, ist nicht eindeutig. Die hervorhebende Erwähnung des Konkursfalls sowie die vielfältigen Bezugnahmen auf die Konkursordnung mitsamt ihren Materialien[297] wird aber darauf schließen lassen, dass hier ungesicherte Gläubiger ebenso wie Sach- und Pfandrechtserwerber gemeint sind.

Die Ende 1890 eingesetzte und bis 1895 tätige **zweite Kommission**[298] geht ausweislich der Protokolle auf diese Fragen – Faustpfandprinzip und Unzulässigkeit des Besitzkonstituts zur Mobiliarpfandbegründung – nicht mehr direkt ein.[299] Von gewissem Interesse ist freilich die Position einer Minderheit an einem Nebenschauplatz, nämlich zur Frage, ob und unter welchen näheren Voraussetzungen die Verpfändung einer beweglichen Sache statt durch Übergabe auch durch »Mitverschluss« ermöglicht werden solle, also wenn die Sache in einem Raum oder Behältnis verschlossen wird und die Aufhebung des Verschlusses nur durch Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger möglich ist (vgl nun § 1206 BGB). Hierzu äußert besagte Minderheit, das Erfordernis der äußeren Erkennbarkeit der Verpfändung werde »zu sehr gesteigert«, wenn man verlange, dass die Verpfändung »jedem beliebigen Dritten erkennbar sein solle. Einen Zweck habe das Erfordernis der Erkennbarkeit … nur im Interesse solcher Personen, die ein Recht an der verpfändeten Sache erwerben wollten«.[300] Diese Ansicht billigt den künftigen ungesicherten Gläubigern also ausdrücklich kein berücksichtigenswertes

den Teilentwürfen zusammengestellt. Förmlich genehmigt wurden die Motive von der Kommission nie.

295 Motive zum BGB III 800 = *Mugdan* III 446, zu § 1147 Abs 1 des ersten Entwurfs. Einer weiteren Rechtfertigung bedürfe die Regelung nicht (Motive aaO). Vgl hierzu und zum Folgenden auch *Hromadka,* Faustpfandprinzip 167 f.

296 Motive III 801 = *Mugdan* III 447. Daneben wird mit einem Vergleich zum Recht des Nießbrauchs (wo Bestellung durch Besitzkonstitut zugelassen wird) und mit strafrechtlichen Erwägungen operiert (Motive III 801 f = *Mugdan* III 446 f).

297 Vgl Motive III 800 f = *Mugdan* III 446 f. Die dort (Motive III 801 = *Mugdan* III 447) in Bezug genommenen Passagen der Motive zur RKO (198 = *Hahn,* Materialien IV 192 f) behandeln freilich nur die Untauglichkeit des Besitzkonstituts zur Faustpfandbegründung und gehen nicht unmittelbar auf die Frage ein, wessen Schutz im Einzelnen hierdurch bezweckt wird.

298 Zu dieser *Schubert,* Entstehung der Vorschriften 45 ff.

299 Vgl die Beratungen zu § 1147 des ersten Entwurfs, Protokolle III 4160 ff = *Mugdan* III 911 ff.

300 Protokolle III 4169 = *Mugdan* III 913.

Schutzbedürfnis zu. Sie setzt sich allerdings mit ihrem Antrag nicht durch, wobei die Schilderung der Gegengründe freilich nicht eindeutig erkennen lässt, ob der Widerspruch sich über den konkreten Antragsinhalt hinaus auch auf den solcherart umrissenen Kreis der Schutzadressaten bezieht. Der von der Mehrheit entgegengesetzte allgemeine Hinweis auf die »Sicherheit des Verkehrs« und die »guten Gründe«, aus denen bereits früher die Verpfändung durch Besitzkonstitut abgelehnt worden sei,[301] ist aber aller Wahrscheinlichkeit nach doch so zu verstehen, dass die Kommission hier mehrheitlich am nun herrschend gewordenen Dreifachzweck festhalten möchte: Schutz künftiger Käufer, Pfandgläubiger und ungesicherter Gläubiger.

4. Eines kommt somit in den gesamten (Kommissions-)Beratungen zur Reichs-Konkursordnung und später zum Pfandrecht[302] des BGB offenbar gar nicht zur Sprache: Dass inzwischen ein erhebliches **wirtschaftliches Bedürfnis** nach Möglichkeiten einer **Mobiliarbesicherung ohne Besitzübertragung** jedenfalls in bestimmten Wirtschafts- und Bevölkerungskreisen gegeben sein könnte und dass unter diesen geänderten Vorzeichen die Grundentscheidung für das Faustpfandprinzip ohne jegliche Ausnahmen vielleicht doch noch einmal überprüft werden sollte. Tatsächlich haben sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen rapide verändert:[303] Die Industrie entwickelt sich rasant und beansprucht enorme Kapitalmengen; das Handwerk bricht entsprechend ein, kann weder Rücklagen bilden noch auf Vorrat produzieren und ist damit jeder Konjunkturschwankung schutzlos ausgeliefert; die Massen strömen in die Städte und Fabriken, ob des Überangebots sinken die Einkommen der Arbeiter in den Keller und wird eine außerplanmäßige Ausgabe erforderlich, dann braucht es Kredit. Nur ist dieser schwer zu erhalten. Er ist als Personalkredit für viele außer Reichweite oder nur zu wucherischen Bedingungen zu bekommen, weil das Ausfallsrisiko für den Kreditgeber aus den genannten Gründen hoch ist. Und er ist als Realkredit weitgehend nicht zu erhalten, weil und soweit das Faustpfandprinzip bereits gilt und damit das Letzte, was der »kleine Mann« hat und ihm zum Wirtschaften oder sonst zum Leben unentbehrlich ist, aber auch die im Betrieb des Industriellen erforderlichen Maschinen ebenso wie sein Warenbe-

301 Protokolle III 4169 = *Mugdan* III 913 f. Der gefasste Beschluss wird übrigens in zweiter Lesung noch einmal modifiziert, allerdings ohne dass hierzu eine Auseinandersetzung zur personellen Reichweite des bezweckten Drittschutzes dokumentiert wäre; hierzu Protokolle III 8603 = *Mugdan* III 914.

302 Anders paradoxerweise zur Sicherungsübereignung, die man nicht eigens regelt, wohl aber – gerade in ihrer publizitätslosen Form der Bestellung mittels Besitzkonstitut – in den Beratungen der zweiten Kommission ausdrücklich billigt; vgl unten II.B.4.b. unter 4.

303 Siehe die plastische und deutlich ausführlichere Darstellung bei *Hromadka,* Faustpfandprinzip 135 ff.

stand nicht als Kreditgrundlage genutzt werden können. Wirtschaftliche Krisen, die Deutschland um die Jahre 1874–1880 und 1883–1887 heimsuchen,[304] verstärken die Problemlage entsprechend.

Und tatsächlich erfährt der erste Entwurf im Schrifttum durchaus erhebliche Kritik, eben weil das Erfordernis der Besitzübertragung bei gleichzeitigem Ausschluss des Besitzkonstituts zur Pfandrechtsbegründung die Nutzbarmachung erheblicher beweglicher Vermögenswerte als Kreditgrundlage ausschließe und bestimmte Wirtschaftskreise de facto vom Realkredit abschneide, somit den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Gegenwart nicht mehr genüge.[305] Vorgeschlagen wird, in unterschiedlicher Ausgestaltung im Einzelnen, meist die Eintragung besitzloser Pfandrechte in ein öffentliches Register idR am Wohnsitz des Schuldners,[306] teils auch die Zulassung eines reinen Vertragspfands, soweit der Vertrag in notarieller Form abgeschlossen wird oder zumindest bei Abschluss eine notarielle Beglaubigung der Unterschriften erfolgt.[307] Die zweite Kommission erweist sich allerdings, wie angedeutet, sowohl gegenüber dem Problem wie auch gegenüber den Vorschlägen zu seiner Lösung als immun.

Die Rechtswirklichkeit hingegen reagiert, und zwar durch Flucht aus dem Pfandrecht. Die Kreditpraxis versucht sich in der Schaffung pfandrechtsäquivalenter besitzloser Mobiliarsicherheiten in Form eines Verkaufs des Sicherungsguts bei gleichzeitiger Vereinbarung eines Rückkaufsrechts bzw einer Rückverkaufsverpflichtung; etwas später geradeheraus durch Sicherungsübereignung. Das Reichsgericht, wirtschaftlichen Zwängen gegenüber aufgeschlossener als der Gesetzgeber, zieht schließlich mit und erkennt diese eigentumsbasierten Sicherungsformen an. In wenigen Jahren (1885 bis ca 1890) ist die Rechtsprechung gefestigt.[308] Das Mobiliarpfandrecht des BGB ist damit zwar nicht schlechthin totes, aber doch zu einem Schattendasein verurteiltes Recht, noch ehe es in Kraft tritt.

---

304 Vgl *Hromadka,* Faustpfandprinzip 163 mwN.

305 IdS etwa *Wernick* in *Adams/Wilke* et al, Gutachten aus dem Anwaltstande V 376 (377 ff); *Gierke,* Entwurf 388 f; vgl auch *Scholler* in *Adams/Wilke* et al, Gutachten aus dem Anwaltstande V 359 (371 ff). Zusammenfassung der Kritik und wN in der vom Reichs-Justizamt gefertigten Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs III: Aeußerungen zum Sachenrecht (1890/Neudruck 1967) 380 ff.

306 So *Wernick* aaO 382 ff (Pfandregister in Anlehnung an das Schiffsregister, jedoch mit einigen Modifikationen im Detail); *Scholler* aaO (Eintragung in beim Grundbuchsamt zu führende Register); *Gierke* aaO. *Linckelmann,* Die Sicherungsübereignung, ArchBürgR 7 (1893) 209 (230 ff) schlägt Anlehnung an die neuere Gesetzgebung Englands vor (Bills of Sale Act 1878, Bills of Sale Amendment Act 1882, Bills of Sale Act 1890), nach welcher für sämtliche zum Zweck der Sicherung einer Forderung geschlossene Verträge, welchen Namen sie auch tragen mögen, Registerzwang besteht, falls die Sachen nicht dem Gläubiger zu *apparent possession* übertragen sind.

307 So *Johst* in einer bei Abfassung dieser Arbeit nicht zugänglichen Stellungnahme, referiert in der Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen (FN 305) 382.

308 Siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip 163 ff; einzelne Entscheidungen werden unten II.B.4. reflektiert.

c. *Die Entwicklung in Österreich*

(i.) Faustpfand als Grundsatz

Man kann für das ABGB mit Fug und Recht die Frage stellen, ob überhaupt von einer Verwirklichung des Faustpfandprinzips gesprochen werden sollte oder vielmehr besser von einer solchen des Publizitätsprinzips:[309] Faustpfand bedeutet Besitzentzug aus Sicht des Sicherungsgebers bzw Besitzübertragung an den Gläubiger. Dieser Gedanke liegt dem gemeinhin als Grundregel angesehenen § 451 Abs 1 ABGB zugrunde, nicht aber der Verpfändung mittels symbolischer Übergabe nach § 452 ABGB. Beiden Regelungen gemeinsam ist der Zweck einer Kundbarmachung der Belastung (Publizität). Wenn im vorliegenden Kontext also von einem Durchbruch des Faustpfandprinzips die Rede ist, dann bezieht sich dies auf die Entwicklung der erstgenannten Bestimmung. In den Vorarbeiten zum ABGB lassen sich in Hinblick auf diesen Durchbruch des Faustpfandprinzips grundsätzlich zwei Phasen ausmachen. Zunächst finden sich Reminiszenzen an das besitzlose Mobiliarpfand nämlich noch in Bestimmungen über eine – letztlich verkümmerte – Generalhypothek. In einem wesentlichen Punkt besteht allerdings von Anfang an Kontinuität: Ein **Spezialpfand** an einer beweglichen Sache kann nur[310] durch Übertragung des Naturalbesitzes eingeräumt werden.[311]

Wie angedeutet kennt der Codex Theresianus (fertiggestellt 1766)[312] im Ergebnis ein besitzloses Pfandrecht an Mobilien vorgeblich noch in Form einer nach wie vor eingeschränkt zugelassenen **Generalhypothek**, die ihrerseits freilich Anbindung an eine Spezialhypothek an einer Liegenschaft voraussetzt.[313] Nach hA setzt hier das Eintreten von wirklichen Pfandwirkungen an Fahrnis allerdings ge-

309 IdS *Frotz,* Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts – Gutachten, in Verhandlungen des Vierten Österreichischen Juristentages 1970 I/3 (1970) 26 f, 30; *Migsch,* Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip – Dargestellt anhand der Verpfändung eines Warenlagers, in FS Welser (2004) 711 (716 ff); zur Unterscheidung vgl auch bereits *E. Demelius,* Pfandrecht 156 ff.

310 Sieht man von der ab dem Entwurf Martini vorgesehenen Verpfändung durch symbolische Besitzübertragung ab, hierzu unten II.B.1.c.(ii.).

311 Nachweise unten in FN 320, 321.

312 Der Entwurfstext ist – mit gelegentlichen, meist exzerptartigen Anmerkungen über Beratungsinhalte in Fußnoten – veröffentlicht in *Harras von Harrasowsky,* Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I (1883), II–III (1884), wobei die Bandeinteilung mit der Einteilung des Gesetzesentwurfs in drei Teile übereinstimmt. Nachfolgende Zitate aus dem Codex Theresianus sind dieser Veröffentlichung entnommen und werden nur mit der jeweiligen Paragraphenbezeichnung zitiert (wobei der Codex Theresianus als unterste Gliederungseinheit nicht Paragraphensymbole, sondern »Nummern« verwendet, was in der Folge – der gängigen Zitierweise entsprechend – mit »n« abgekürzt wird). – Zu den Gesetzgebungsarbeiten und zur Datierung der Fertigstellung der jeweiligen Entwürfe siehe *Brauneder,* Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, Gutenberg-Jahrbuch 1987, 205.

313 Codex Theresianus II 30 n 8, III 7 n 5 und insbesondere III 7 n 114–125. Näher unten II.B.2.b. unter 1.

richtliche Beschlagnahme oder Aushändigung der Sache an den Schuldner voraus, sodass man von einer Mobiliarhypothek eigentlich nicht mehr sprechen könne.[314] Auch der nachfolgende Entwurf Horten (1774)[315] knüpft an die Vereinbarung einer »allgemeinen Hypothek« bestimmte Rechtswirkungen, wieder vorausgesetzt, die Bestellung ist gleichzeitig mit der Einräumung eines Spezialpfands erfolgt.[316] Ob auch nach diesem Entwurf zum Entstehen einer echten Pfandhaftung die Besitzaufgabe an der von der Generalhypothek erfassten beweglichen Sache unerlässlich ist, ist mE nicht so klar: Dem Wortlaut nach, auch wenn er insofern auf einem Redaktionsversehen beruhen könnte, scheint in bestimmten Konstellationen[317] ein besitzloses Mobiliarpfand entstehen zu können.[318]

314 Arg Codex Theresianus III 7 n 114 aE; vgl in diesem Sinne *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 66 f; *E. Demelius,* Pfandrecht 144 FN 8.

315 Der Entwurfstext (mit fallweisen Anmerkungen) ist veröffentlicht in *Harras von Harrasowsky,* Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen IV (1886).

316 Entwurf Horten III 7 §§ 26–31.

317 Und zwar im Fall von Entwurf Horten III 7 § 28, der die Bestellung einer Generalhypothek zusammen mit der Spezialverpfändung einer Liegenschaft behandelt. Im Gegensatz zu Entwurf Horten III 7 § 27, wo die Bestellung einer Generalhypothek zusammen mit der Spezialverpfändung einer beweglichen Sache geregelt ist, wird hier nämlich ein Erfordernis des Besitzverlusts durch gerichtlichen Beschlag oder Gewahrsamsübertragung an den Gläubiger nicht angeordnet. – Auch hierzu näher unten II.B.2.b. unter 1.

318 Die zumindest nicht gänzlich auszuschließende Möglichkeit eines Restbestands der Mobiliarhypothek im Entwurf Horten lädt zu einem Exkurs zu folgender Frage ein: Hätten unter diesem Regime (bzw unter jenem des Codex Theresianus, hätte auch dieser ein wirkliches besitzloses Mobiliarpfand noch teilweise zugelassen) die für das Faustpfandprinzip typischen Wirkungen – für diese Zeit: Schutz des nachträglichen Erwerbers von Eigentum oder einem Pfandrecht an eben dieser Sache vor unsichtbarer Vorbelastung – allein aufgrund des Besitzübertragungserfordernisses bei der Spezialverpfändung erzielt werden können? Dies wird zu verneinen sein: Die theoretisch weiterhin bestehende Möglichkeit, dass bewegliche Sachen von einem besitzlosen Generalpfandrecht erfasst sind, hätte den Vertrauensschutz grundsätzlich konterkariert. Dies hätte durch Eröffnung eines gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerbs (für den Sacherwerber) und eines gutgläubigen Erwerbs eines besseren Pfandrangs (zugunsten des späteren Pfandgläubigers) abgefedert werden können. Doch sind derartige Bestimmungen im Codex Theresianus und – mit einer Ausnahme – im Entwurf Horten noch nicht vorgesehen. Beide regeln zwar ausführlich den Gutglaubenserwerb für Eigentum und Pfandrecht, aber ausdrücklich nur bezogen auf den Fall des Erwerbs einer »fremden« Sache vom Nichteigentümer, dh für den Konflikt zwischen wahrem Eigentümer und (gutgläubigem) Sacherwerber (vgl insbesondere Codex Theresianus II 8 n 43–70, Entwurf Horten II 6 §§ 5–13, III 9 §§ 9–13) bzw Pfanderwerber (vgl Codex Theresianus III 7 n 27, 40; Entwurf Horten III 7 § 11). Des hier interessierenden Konflikts zwischen vorrangig berechtigtem Mobiliarhypothekar und (gutgläubigem) Sach- bzw Pfanderwerber wird in den Entwürfen nicht gedacht. Lediglich eine Bestimmung im Entwurf Horten, die sich bezeichnenderweise nicht im Sachen-, sondern im Kaufrecht findet, ist weit genug formuliert, zumindest einen der hier interessierenden Fälle, nämlich den lastenfreien Eigentumserwerb, abzudecken. Dies ist Entwurf Horten III 9 § 13, welcher auszugsweise lautet: »Wenn aber der Verkaufer eine Sache, woran er nur ein beschränktes Recht hat, als ob sie ihm mit unbeschränktem Eigenthume zugehöre, einem der vorhandenen Beschränkung unwissenden Kaufer verkaufet, … so kann der Kaufer einer beweglichen Sache nach geschehener Uebergabe … von Niemanden angefochten werden.« Damit wäre auch der Verkauf einer durch ein – ausnahmsweise allenfalls noch mögliches – besitzloses Pfandrecht belasteten beweglichen Sache erfasst.

Mit dem nachfolgenden, im Jahre 1796 fertiggestellten Entwurf Martini[319] sind auch die letzten Reste der Generalhypothek und damit eines allfälligen besitzlosen Vertragspfands an Mobilien endgültig beseitigt. Zur Pfandrechtsbegründung an Fahrnis bedarf es nun, wie für das Spezialpfand bereits nach Codex Theresianus und Entwurf Horten,[320] stets der **wirklichen Übergabe** der Pfandsache,[321] es sei denn, es lägen ausnahmsweise die Voraussetzungen für die im nachfolgenden Abschnitt näher zu besprechende Verpfändung durch symbolische Übergabe vor. So sehen dies nun auch die §§ 451, 452 ABGB vor.

Eine **Begründung** für diese doch grundlegende gesetzgeberische Entscheidung sucht man in den Materialien einschließlich der von *Ofner* zugänglich gemachten Beratungsprotokolle[322] vergeblich. Man muss sich weitgehend mit Mutmaßungen begnügen: Angesichts der grundsätzlich parallelen, nahezu zeitgleichen Entwicklung in anderen europäischen Staaten wie namentlich Preußen und Frankreich[323] wird man annehmen dürfen, dass in der möglicherweise bestehenden Gemengelage vielfältiger Gründe die oben[324] skizzierten allgemeinen wirtschaftlichen Umbrüche und Entwicklungen eine bedeutende Rolle gespielt haben. Demnach liegt es nahe, auch für Österreich ein steigendes Bedürfnis nach Schutz für Warenerwerber und Realkreditgeber als zentrale Motive für die Orientierung am Faustpfandprinzip auszumachen; zumal auch die in den Entwürfen vorgesehenen und letztlich ins ABGB übernommenen Gutglaubenserwerbsregeln gerade den hier erforderlichen Schutz des Sacherwerbers (in Form gutgläubig lastenfreien Eigentumserwerbs) und späteren Pfandnehmers (durch gutgläubigen Erwerb eines besseren Rangs) nicht vorsehen.[325] *Zeiller,* Referent der zweiten Hofkommission in Gesetzgebungssachen, führt in seiner bald nach Gesetzwerdung erschienenen Kommentierung des § 451 ABGB denn auch als einziges Motiv an: Der körperlichen Übergabe der Pfandsache bedürfe es, »damit jedermann auf die

---

319 Entwurfstext (wieder mit vereinzelten Anmerkungen) veröffentlicht in *Harras von Harrasowsky,* Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen V (1886).

320 Siehe Codex Theresianus II 30 n 7 f, 14 sowie III 7 n 5, 9 und 11; Entwurf Horten II 26 § 1 und (zum Pfandvertrag) III 7 § 6.

321 Entwurf Martini II 8 § 8, entspricht Urentwurf II § 228. – Zu einer abweichenden, letztlich jedoch nicht haltbaren Lesart der Materialien (zu § 452 ABGB) bei *F. Schwind* siehe im passenden Zusammenhang unten II.B.1.c.(ii.) in FN 338.

322 *Ofner,* Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I–II (1889).

323 Zum französischen Code civil kurz IV.C.2.a.

324 Kapitel II.B.1.a.

325 Zum Codex Theresianus und Entwurf Horten oben FN 318; dort auch zur Ausnahme betreffend den gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb in Entwurf Horten III 9 § 13. Im Entwurf Martini entsprechen die einschlägigen Bestimmungen bereits weitgehend der Urfassung des ABGB, sehen also den gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb und den gutgläubigen Erwerb einer besseren Rangstelle ebenfalls nicht vor; vgl Entwurf Martini II 3 §§ 20–22 (entspricht §§ 367 f ABGB) bzw II 8 § 10 (entspricht § 456 ABGB, jeweils in der Stammfassung).

Einschränkung des Eigenthümers aufmerksam gemacht und gewarnet werde«.[326] Dies korrespondiert mit dem wohl auch damals herrschenden, von *Zeiller* in den Beratungen ausdrücklich vertretenen Konzept des dinglichen Rechts im Allgemeinen: Soll ein Recht »als ein dingliches, gegen alle sich behauptendes Recht gelten, so müsse es zur Sicherheit des Verkehrs ein deutliches Merkmal geben, woran alle das einem Dritten ausschließend zustehende Recht erkennen können. Ein solches einleuchtendes Mittel sei der Besitz; …«.[327] Dass die jedenfalls angestrebte Eindämmung und letztlich Abschaffung der Generalhypothek, zu deren Umsetzung das Faustpfandprinzip letztlich zentrales legistisches Mittel war,[328] in einer Art Wechselwirkung zugleich Mit-Motiv für die Einführung des Faustpfands selbst gewesen sein könnte, erscheint ebenfalls plausibel.

Daneben sind gerade für die österreichische Kodifikation (weitere) naturrechtliche Einflüsse denkbar. Namentlich eine in der naturrechtlichen Lehre offenbar verbreitete, offenbar auf *Hugo Grotius* zurückgehende und im Grunde stark begrifflich geprägte Unterscheidung dürfte Beachtung gefunden haben:[329] Nach *Grotius* soll als »Pfand« *(pignus)* nur das Pfandrecht an beweglicher Sache, als »Hypothek« nur jenes an unbeweglicher Sache bezeichnet werden.[330] Diese Unterscheidung übernimmt, unter Berufung auf *Grotius,* unter anderem *Wolfgang Adam Lauterbach,*[331] dessen Pandektenwerk in Süddeutschland und besonders in Österreich hohes Ansehen genossen hat. Es ist nun einerseits gezeigt worden, dass

---

326 *Zeiller,* Commentar II/1, 256. Ob er mit »jedermann« neben dem späteren Sacherwerber und Pfandgläubiger auch künftige ungesicherte Gläubiger meint, ist zwar nach dem Wortlaut nicht klar. In einem vergleichbaren und systematisch naheliegenden Fall, nämlich bei der Kommentierung von § 452 ABGB, wird allerdings ziemlich deutlich, dass *Zeiller* mit »jedermann« nur die ersten beiden Kategorien von Dritten, nämlich künftige Erwerber eines dinglichen Rechts an der Sache, im Auge hat. Vgl *Zeiller,* Commentar II/1, 258; hierzu auch unten II.B.1.c.(ii.) bei FN 346.

327 So *Zeiller* in seinem einleitenden Vortrag zum Sachenrecht in der Sitzung der Gesetzgebungskommission vom 21.3.1803, zitiert nach *Ofner,* Protokolle I 213. Naturrechtlichen Ursprung des hier ausgedrückten Gedankens der konstitutiven Funktion von Publizität für das dingliche Recht sieht *Wellspacher,* Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906) 126 ff, wobei jedenfalls die von ihm 127 f zitierten Passagen aus Werken der Kant-Schüler *Huseland* und *Klein* (beide zum Eigentum) für diesen Ansatz einschlägig erscheinen. Zum Ausdruck kommt der Gedanke auch in *Zeillers* erstmals 1802 erschienenem »natürlichen Privatrecht«, vgl zuletzt *Zeiller,* Das natürliche Privat-Recht[3] (1819) insb 98 f, 113 f (§§ 65, 76; jeweils wieder insbesondere zum Eigentumserwerb); zu möglichen Unklarheiten in *Zeillers* Verständnis im letztgenannten Werk *Wellspacher* aaO 130 f. Siehe auch – wiederum zum Eigentum – *Zeiller,* Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, in den Oesterreichischen Staaten II (1816) 166 (183 f), Neudruck hrsg von *Brauneder* (1986), dort 42 f.

328 Hierzu unten II.B.2.b.

329 Zum Folgenden ausführlich *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 60 ff.

330 *Grotius,* Florum sparsio ad jus Justinianeum (hier zitiert nach einer Ausgabe Neapel 1777) 124; *E. Weiß* aaO 61 f zitiert eine Ausgabe 1643, Seite 150.

331 *Lauterbach,* Collegii theoretico-practici, a libro vigesimo pandectarum usque ad digestum novum, pars secunda (hier zitiert nach einer Ausgabe Tübingen 1706) 3 f; vgl *E. Weiß* aaO 62.

die genannte begriffliche Unterscheidung in der österreichischen Rechtsliteratur schon vor Beginn der Kodifikationsarbeiten zum Codex Theresianus Anklang gefunden hat, wenngleich die Diktion zu dieser Zeit wohl noch nicht als allgemein durchgedrungen gelten konnte.[332] Zudem hat *Saxl* mit einer beachtlichen Fülle an Beispielen dargetan, dass eben gerade *Lauterbachs* »Collegium theoretico-practicum ad L pandectarum libros« gewissermaßen als *das* Werk »hinter dem Codex Theresianus« anzusehen sei.[333] Und in der Tat übernimmt der Codex Theresianus ebendieses zweifältige Zusammenspannen von Objekt, Begriff und Bestellungsart – bewegliche Sache/Pfand/Übergabe einerseits; unbewegliche Sache/Hypothek/bücherliche Verschreibung andererseits – und diese Dichotomie zieht sich über die weiteren Vorarbeiten durch bis in § 448 ABGB.[334]

(ii.) Verpfändung durch symbolische Übergabe

Erstmals im **Entwurf Martini** sind Bestimmungen zur Verpfändung durch symbolische Übergabe aufgenommen. Die Vorschrift lautet (Entwurf Martini II 8 § 11): »Werden Schuldforderungen, Waarenlager, Schiffe, Frachtgüter und solche bewegliche Sachen verpfändet, die man nicht allezeit von Hand zu Hand, sondern durch Zeichen zu übergeben und zu übernehmen pflegt, so sind die nöthigen Maßregeln zu treffen, damit auch ein Dritter die Verhaftung leicht in Erfahrung bringen und sich vom Schaden hüten könne. Wer diese Vorsichten nicht gebraucht, der muß die widrigen Folgen selbst tragen.« Der Urentwurf (II § 231) übernimmt diesen Text weitgehend, ändert allerdings den Mittelteil leicht ab in »so sind solche Maßregeln zu treffen, daß Jedermann die Verpfändung erfahren … könne«.[335]

Über die Gründe für die Aufnahme dieser Bestimmung in den Entwurf Martini erfahren wir nichts. Ebensowenig über allfällige Motive für die Anpassung des Texts im Urentwurf. **Preußischer Einfluss** – ob in Gestalt der Declaration von 1785 oder auch noch des ALR von 1794[336] – kann als wahrscheinlich gelten; für

---

332 *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 63 f mit Hinweis auf *Greneck,* Theatrum Iurisdictionis Austriacae (1752) 238a und 328 (zitiert nach *E. Weiß* aaO).

333 *Saxl,* Eine alte Quelle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, GrünhutsZ 24 (1897) 425 (insb 425 f, 443 f; im Übrigen werden Parallelen zwischen *Lauterbachs* Werk und dem ABGB bzw seinen Vorarbeiten aufgelistet).

334 Besonders deutlich in: Codex Theresianus II 30 n 7 f (mit der erwähnten Ausnahme der Erfassung von Mobilien durch Generalhypothek), Entwurf Martini II 8 § 2 und, Letzterem entsprechend, Urentwurf II § 223 sowie die Endfassung in § 448 ABGB. Siehe im Übrigen die weiteren in FN 320 und 321 genannten Bestimmungen, die vor allem die je nach Objekt unterschiedliche Bestellungsart im Auge haben.

335 Auch die Schlusspassage wird leicht abgeändert: »… wer von dergleichen Vorschriften keinen Gebrauch macht, auf den fallen die nachtheiligen Folgen davon.«

336 Die Teile II und III (hier interessiert Teil II) des Entwurfs Martini wurden im Jahr 1796 fertiggestellt; vgl *Brauneder,* Gutenberg-Jahrbuch 1987, 205 (215). Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das im Februar 1794 sanktionierte und veröffentlichte und am 1. 6. 1794 in Kraft getretene ALR jedenfalls in der Spätphase der Arbeiten schon zur Verfügung stand.

den Entwurf Martini fast noch deutlicher als für die Textfassung des Urentwurfs: Auffällig ist insbesondere die Parallele in der Tatbestandsgliederung, in der die Übergabe durch Zeichen und die zu Kundgabezwecken zu treffenden »Maßregeln« als getrennte Voraussetzungen erscheinen. Der Entwurf Martini spricht auch, wie ALR I 20 §§ 275 f, vom »Dritten«; hierauf wird zurückzukommen sein. *Zeillers* spätere Kommentierung des Endprodukts § 452 ABGB legt noch in zwei weiteren Punkten nahe, dass die österreichische Regelung der Verpfändung durch symbolische Übergabe stark vom preußischen Vorbild beeinflusst ist.[337]

In den Beratungen zum Urentwurf II § 231 brechen dann die fast vorprogrammierten Probleme des doppelgleisigen Tatbestands mit seiner Unterscheidung in symbolische Übergabe einerseits und »Maßregeln« andererseits auf: *Ofners* Protokolle berichten vom Wunsch mehrerer Kommissionsmitglieder, »daß die Maßregeln, von welchen derselbe [§ 231] Erwähnung macht, zur Vermeidung der Streitigkeiten bestimmt werden. Jedoch wäre eine Publikation der Verpfändung wegen des Kredits der Handels- und Gewerbemänner nicht räthlich. Hierüber bemerkte Ref.: Die Maßregeln, in so fern sie eine Bestimmung gestatten, seien schon bei § 164[338] angegeben worden. Mit Beziehung auf diesen Paragraph könne hier der

337 Ausdrücklich verweist *Zeiller* (Commentar II/1, 258) auf ALR I 20 §§ 281–389 als »[e]ine nähere Anleitung« für den Richter bei der Beurteilung, ob ein konkretes von den Parteien gewähltes Zeichen den Erfordernissen des Gesetzes genügt. Zur entsprechenden Funktion der Detailbestimmungen über die »Maßregeln« im ALR vgl bereits oben FN 272 zu ALR I 20 §§ 336 f. Der zweite hier angesprochene Indikator einer Vorbildwirkung des ALR ist *Zeillers* Interpretation der Wendung »leicht erfahren kann« in § 452 ABGB; hierzu unten im Text bei FN 353 f. – Von einer Vorbildwirkung des ALR ab dem Entwurf Martini in Hinblick auf die Bestimmungen zur symbolischen Übergabe geht auch *Wellspacher,* Vertrauen auf äußere Tatbestände 139 ff aus. Im Einzelnen ergeben sich allerdings durchaus erhebliche Unterschiede zwischen seiner Lehre und der hier vertretenen Position (vgl unten FN 355). Siehe ferner *Migsch* in FS Welser 711 (722 ff).

338 Urentwurf II § 164 betrifft den Modus für die Übertragung des Eigentums und hat ursprünglich nur die körperliche Übergabe und das Besitzkonstitut vorgesehen. Im Zuge der Beratungen wurde die Bestimmung in drei selbständige Paragraphen aufgespalten, die den heutigen §§ 426–428 ABGB (annähernd wortgleich) entsprechen. Der im Text zitierte Verweis bezieht sich somit auf den Vorläufer des heutigen § 427 ABGB, der die symbolische Übergabe als tauglichen Modus für die Übertragung des Eigentums regelt; vgl *Ofner,* Protokolle I 278 f. – In Zusammenhang mit dem Verweis auf »§ 164« im zitierten Text ist eine weitere Klarstellung zu treffen, da im Schrifttum vereinzelt die Auffassung vertreten worden ist, *Zeiller* und ihm folgend die Kommission hätten hierdurch das Besitzkonstitut (!) als taugliche Begründungsform für das Pfandrecht etablieren wollen; so *F. Schwind,* Publizitäts- und Faustpfandprinzip im österreichischen und internationalen Sachenrecht, in *F. Schwind* (Hrsg), Europarecht – Internationales Privatrecht – Rechtsvergleichung (1988) 61 (68 f). Richtig ist wie erwähnt, dass Urentwurf II § 164 für die Eigentumsübertragung das Besitzkonstitut beinhaltet und dieser Inhalt bei der Erweiterung und Aufspaltung der Bestimmung beibehalten wird. Bei dieser Teilung wird für die drei Nachfolgebestimmungen zunächst keine neue Paragraphennummerierung vergeben (vgl *Ofner,* Protokolle I 279), was verständlich macht, dass sich *Zeiller* nach wie vor auf »§ 164« bezieht. Daraus folgt aber nicht, dass mit dem Verweis auf diesen Paragraphen das Besitzkonstitut als Pfandbegründungsmodus anerkannt werden sollte: Aus dem Kontext (Konkretisierung der »Maßregeln«) ergibt sich mehr als deutlich, dass der Verweis auf »§ 164« nur als solcher auf die dort vorgesehenen Bestimmungen über die symbolische Übergabe (heute

Text kürzer entworfen werden«.[339] Es folgt eine textliche Neufassung, die dem heutigen § 452 Satz 1 ABGB praktisch wörtlich entspricht: Die Differenzierung in symbolische Besitzübertragung und »Maßregeln« wird aufgegeben. Übrig bleibt nur der erstgenannte Tatbestand; und hierfür wird auf die entsprechende Regel zur Eigentumsübertragung verwiesen. Dieser Vorschlag des Referenten – diese Funktion übte während der gesamten Tätigkeit der zweiten Gesetzgebungs-Hofkommission ab 1796 *Franz von Zeiller* aus[340] – findet allgemeine Zustimmung.

Diese Genese liefert Anhaltspunkte für zwei Fragen zur genaueren Funktion der Bestimmungen über die Pfandbegründung durch symbolische Übergabe. Die erste möchte ich hier eher kurz halten; sie lautet grob gesprochen: Kommt es auf die von § 452 ABGB erwähnten »Zeichen« nur für die Begründung oder auch für die **Aufrechterhaltung** des Pfandrechts an? Die genannte Bestimmung regelt ja, wie auch § 427 ABGB, grundsätzlich nur die Anforderungen an die »Übergabe«, also den Erwerbsvorgang. Die ursprünglich separat vorgesehenen »Maßregeln« dienten dagegen – jedenfalls primär – der Offenkundigkeit des Bestands des (bereits begründeten) Rechts. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass *Zeillers* textliche Neufassung als Kürzung und Vereinfachung gedacht war, nicht als inhaltliche Neuausrichtung. Die »Maßregeln« werden quasi in die bei der Übergabe zu gebrauchenden »Symbole« integriert, welche im heutigen § 427 ABGB nähere Erwähnung finden. Dies geschieht in Hinblick auf die inhaltlichen Anforderungen an die Zeichen bzw Symbole; deren nähere Ausgestaltung wollte man sich in der Regelung zum Pfandrecht ersparen. Über das allein beim Pfandrecht relevante Dauerelement sollte damit nichts gesagt werden. Die Gesetzgebungsgeschichte zu § 452 ABGB spricht also dafür, dass es der Kommission im Grundsatz auch auf die Erkennbarkeit des bereits begründeten Pfandrechts ankam.[341]

Auf die zweite Frage weisen der zweite Satz in der oben zitierten Passage aus den Beratungsprotokollen (betreffend die »Publikation der Verpfändung«) sowie die ebenfalls bereits angesprochene Bezugnahme auf »Dritte« in Entwurf Martini II 8 § 11 bzw »jedermann« (in allen nachfolgenden Textfassungen): **Welche Kategorien von Dritten** sollen hier geschützt werden; bloß der potentielle Erwer-

---

§ 427 ABGB) und nicht auf jene zum Besitzkonstitut (heute § 428 ABGB) gemeint sein konnte. Dem entspricht auch eindeutig die in der Beratung vom 27. 6. 1803 beschlossene textliche Neufassung (wiedergegeben bei *Ofner,* Protokolle I 291) und der Wortlaut des aus diesem Entwurf sprachlich nahezu unverändert hervorgegangenen § 452 ABGB, der nun auch ausdrücklich nur auf § 427 ABGB verweist.

339 38. Sitzung der Hofkommission in Gesetzgebungssachen vom 27. 6. 1803, zitiert nach *Ofner,* Protokolle I 291.

340 Vgl *Brauneder,* Gutenberg-Jahrbuch 1987, 205 (210).

341 Ähnlich im Ansatz insofern auch *Migsch* in FS Welser 711 (726 f). Dass § 467 ABGB in seiner 3. Alternative bei Rückstellung der Pfandsache »unter Vorbehalt« ein Fortbestehen der Pfandhaftung anzunehmen scheint, steht dem als Grundsatz getroffenen Befund nicht zwingend entgegen.

ber von Eigentum oder einem späteren Pfandrecht an der Sache (worauf das ALR offenkundig abzielt)[342] oder auch künftige ungesicherte Gläubiger, die sich in ihrem Vertrauen auf den verfügbaren Haftungsfonds enttäuscht sehen könnten? – Dass die ursprüngliche Textfassung, der Entwurf Martini, die Diktion des ALR aufgreift und, wie oben angedeutet, vom Schutzadressaten als dem »Dritten« spricht, ist für sich genommen natürlich nur ein äußerst schwaches Indiz dafür, dass der Entwurf dieselben Kategorien von Dritten im Auge hat wie das ALR, nämlich nur den Sacherwerber und den nachfolgenden Pfandnehmer. Der Entwurf Martini enthält, ebenso wie die nachfolgenden Textfassungen, ja keine ausführlichen Bestimmungen über die Rechtsfolgen unzureichender Maßregeln, die eine solche Eingrenzung deutlich erschließen ließen.[343] Zudem wird die Diktion wie gesehen bereits im Urentwurf von »Dritter« auf »Jedermann« geändert[344] und dieser Begriff in der Folge beibehalten. Eine Begründung ist wie erwähnt nicht dokumentiert; die Wortwahl könnte aber rein nach der gewöhnlichen Wortbedeutung eine möglichst weite Verbreiterung des Kreises potentieller Schutzadressaten nahelegen und damit insbesondere künftige ungesicherte Gläubiger miterfassen. Dass allerdings eine solche Erweiterung nicht beabsichtigt war, liegt aus mehreren Gründen nahe: Zum Ersten bezieht sich *Zeiller,* der bei der maßgebenden Sitzung zur Beratung des Urentwurf-Texts im Juni 1803 als Referent fungierte und von dem auch der Vorschlag für die neue Textierung stammt,[345] in seiner Kommentierung des § 452 ABGB ausdrücklich nur auf Dritte, die dingliche Rechte an der Pfandsache erwerben.[346] Dies entspricht im Übrigen der offenbar allgemeinen Auffassung in den deutschsprachigen Ländern zu jener Zeit.[347] Zum Zweiten ist hier auf die in derselben Sitzung geäußerte Besorgnis zurückzukommen, es »wäre eine Publikation der Verpfändung wegen des Kredits der Handels- und Gewerbsmänner nicht räthlich«.[348] Dass hier gänzliche Publizitätslosigkeit des Pfandrechts zur Diskussion gestanden hätte, erscheint mir nicht plausibel:[349] Denn dass Dritte die

342 Oben II.B.1.b.(i.) nach FN 278.

343 Vgl demgegenüber oben II.B.1.b.(i.) zum ALR.

344 Urentwurf II § 231.

345 Dokumentiert bei *Ofner,* Protokolle I 291; die betreffende Sitzung ist die bereits in FN 339 erwähnte.

346 Siehe *Zeiller,* Commentar II/1, 258: Unterlässt der Pfandgläubiger den Gebrauch tauglicher Zeichen, kann er von seinem nicht gehörig bestellten Pfandrecht »wider einen schuldlosen Dritten, dem, obgleich später, ein dingliches Recht eingeräumt worden ist, keinen Gebrauch machen«.

347 Vgl *Hromadka,* Faustpfandprinzip 47 ff und oben II.B.1.a.

348 Siehe *Ofner,* Protokolle I 291.

349 AA *Migsch* in FS Welser 711 (726), der die vor FN 348 zitierte Passage als Versuch einiger Kommissionsmitglieder wertet, »bei Gesamtsachen wie Warenlagern ein publizitätsloses Pfandrecht zu etablieren«, was *Zeiller* »im Keim erstickt« habe. Es ging, so die mE überzeugendere Lesart, in der Beratung vielmehr um die Konkretisierung der »Maßregeln«, denen freilich unstreitig Publizitätsfunktion zukam. Zu beachten ist auch, dass sich die Kommission mit den Bemer-

Verpfändung erkennen können sollen, war nach der Ausgangs- wie nach der Endfassung des Texts konstantes Ziel. Vielmehr geht es in diesem Kontext ganz offensichtlich um den Interessenkonflikt zwischen dem Pfandschuldner und seinen potentiellen künftigen allgemeinen (ungesicherten) Gläubigern, deren Schutz (vor Irreführung im Vorfeld von Kreditierungsentscheidungen bzw allgemein von Vertragsabschlüssen) der Kommission ganz offenkundig weniger am Herzen liegt als die Kreditwürdigkeit des Schuldners. Die Signalstärke der zu setzenden Zeichen muss nach Intention der Kommission daher nicht eine solche sein, dass gleich das gesamte geschäftliche Umfeld des Pfandgebers von der Belastung Kenntnis nimmt. Zusammenfassend kann hier als Teilergebnis festgehalten werden, dass rein auf subjektiv-historischer Ebene viel dafür spricht, dass als Schutzadressaten des § 452 ABGB nur an nachfolgende Erwerber dinglicher Rechte – Eigentum oder nachrangiges Pfandrecht – am Pfandobjekt gedacht war.[350]

In anderen Punkten weichen die Bestimmungen zur Verpfändung durch symbolische Übergabe im österreichischen Recht vom preußischen Vorbild durchaus ab. In erster Linie war offensichtlich eine Vereinfachung angestrebt; diese ist auch gelungen: Quantitativ hat sich eine Reduktion von 119 Paragraphen auf einen (!) ergeben, die extreme Kasuistik ist überwunden. Auch wird nicht mehr, wie in manchen Bereichen der ALR-Regelungen, auf bestimmte Personengruppen eingeschränkt (Verpfändung durch Kaufleute, Fabrikanten, Adel bzw Amtspächter).[351] Insbesondere ist auch die dogmatisch unbefriedigende Zweiteilung in Besitzübertragung durch Zeichen und Ergreifen von »Maßregeln« beseitigt, Letzteres der Sache nach in Ersteres integriert. Auch die Zweiteilung in Fälle der wirklichen Unmöglichkeit der körperlichen Übergabe einerseits und eine große Zahl gesetzlich ausdrücklich geregelter Einzelfälle andererseits ist jedenfalls im Ergebnis zugunsten eines flexibleren Tatbestands der »Unmöglichkeit oder Untunlichkeit« der körperlichen Übergabe[352] aufgegeben. Dass sich hieraus neues Konfliktpotenzial ergibt, ist nahezu unvermeidliche Konsequenz. Keine Abweichung von den Maßstäben des ALR ergibt sich nach dem Willen der Gesetzesverfasser im Übrigen –

---

kungen des Referenten vollkommen einverstanden erklärt hat (*Ofner,* Protokolle I 291), was einen Meinungsgegensatz über derartige Grundsatzfragen nicht wahrscheinlich erscheinen lässt.

350 Insoweit im Ergebnis übereinstimmend *Wellspacher,* Vertrauen auf äußere Tatbestände 151 ff, nach dem die Rechtsfolgen unzureichender Zeichen nach ABGB überhaupt mit jenen des ALR übereinstimmen sollen (dazu unten FN 355) und der dementsprechend nur Wirkungen auf Erwerber dinglicher Rechte behandelt.

351 Vgl oben II.B.1.b.(i.) zu ALR I 20 §§ 331–333.

352 Auf Untunlichkeit stellt zwar der Wortlaut nicht ausdrücklich ab; dass diese mit gemeint ist, ergibt sich aber wiederum ganz deutlich aus *Zeillers* Kommentierung zu § 427 ABGB (Commentar II/1, 224: »Sachen, welche schlechterdings oder wenigstens nicht ohne große Unbequemlichkeit und Verzögerung körperlich übergeben werden können«), auf welchen § 452 ABGB ausdrücklich verweist.

trotz unterschiedlicher Textierung – durch die Aufnahme der Wendung »leicht erfahren kann« in § 452 ABGB:[353] Wiederum ausweislich *Zeillers* Kommentierung zu § 452 ABGB bedeutet »leicht« nichts anderes als »ohne auffallende Sorglosigkeit« erfahren können,[354] was dem »ohne eignes grobes Versehen« in ALR I 20 § 274 entspricht. In einem Punkt kommt es allerdings zu einer maßgeblichen Verschärfung aus Sicht des Pfandgläubigers: Sind die gesetzten Zeichen letztlich ungenügend, existiert schlechterdings kein Pfandrecht. Anders als nach ALR I 20 §§ 275 ff ist der Pfandnehmer danach nicht nur gegenüber einem gutgläubigen Sach- oder Pfandrechtserwerber,[355] sondern insbesondere auch in der Insolvenz des Sicherungsgebers gänzlich ungeschützt.

2. Die Beseitigung der Generalhypothek

Zweites zentrales Anliegen der Kodifikationsgesetzgeber ist die Abschaffung der im römisch-gemeinen Recht zulässigen Generalhypotheken am gesamten gegenwärtigen und – meist auch – zukünftigen Vermögen des Pfandbestellers. Oft kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dies wäre in Bezug auf das Mobiliarpfandrecht sogar ihr vordringlichstes Anliegen gewesen. Im Folgenden wird zunächst den Motiven für diese Entwicklung nachgegangen; im Anschluss wird untersucht, welcher rechtstechnischer Mittel man sich zur Umsetzung dieses rechtspolitischen Ziels bedient hat. Die Untersuchung beschränkt sich auch hier auf den deutschsprachigen Raum mit Fokus auf die noch heute in Geltung ste-

353 Vgl schon Entwurf Martini II 8 § 11; der vorübergehende Entfall des Wortes »leicht« in Urentwurf II § 231 ist ab dem revidierten Entwurf – dort § 443 – wieder korrigiert, vgl *Ofner,* Protokolle I 291, II 709.

354 *Zeiller,* Commentar II/1, 257.

355 Vgl oben II.B.1.b.(i.). AA *Wellspacher,* Vertrauen auf äußere Tatbestände 251 ff, nach dem die Rechtsfolgen unzureichender Zeichen nach §§ 427, 452 ABGB mit jenen des ALR übereinstimmen sollen. Demnach werde der Erwerb des dinglichen Rechts nicht gehindert, lediglich seine Durchsetzbarkeit gegenüber späteren gutgläubigen Erwerbern dinglicher Rechte (insb aaO 155 ff). Vielmehr sprechen jedoch der Umstand, dass das ABGB das komplizierte Rechtsfolgenregime aus ALR I 20 §§ 275 ff gerade nicht inkorporiert hat, sowie die Eingliederung der §§ 427, 452 ABGB gerade unter die Marginalrubriken »Mittelbare Erwerbungsart« (vor §§ 425 ff ABGB) bzw »Erwerbungsart des Pfandrechtes« (vor §§ 451 ff ABGB) dafür, dass das ABGB an die Nichteinhaltung des erforderlichen Modus im Fall der symbolischen Übergabe dieselben Rechtsfolgen knüpfen will, die es hieran bei den anderen Erwerbungsarten auch knüpft, nämlich Nichtentstehen des dinglichen Rechts. Eine Differenzierung in den Rechtsfolgen gerade nach den für nach ALR I 20 §§ 275 ff grundsätzlichen Kategorien der bereits erfolgten oder noch nicht erfolgten Besitzübernahme durch den Dritterwerber ist dem ABGB letztlich nicht zu entnehmen. Mit den Konsequenzen seines Ansatzes für die allgemeinen Konkursgläubiger des Sicherungsgebers setzt sich *Wellspacher* übrigens nicht auseinander. Nachdem das dingliche Recht trotz unzureichender Zeichen gleichwohl entstehen soll, müsste der Pfandnehmer diesen vorgehen. Ausdrücklich lässt *Wellspacher* (zusammenfassend aaO 165) für den wirksamen Eigentums- bzw Pfandrechtserwerb an Fahrnis den dinglichen Vertrag genügen.

henden Kodifikationen Österreichs und Deutschlands. Quasi als Nebenprodukt werden sich dabei einige Ansätze für eine spätere ausführlichere Diskussion des Spezialitätsprinzips ermitteln und bereitstellen lassen.

a. *Motive*

Die für die Beseitigung der Generalhypotheken geltend gemachten Gründe überschneiden sich zu einem Gutteil mit jenen, die für die Einführung des Faustpfandprinzips ins Treffen geführt werden bzw die noch weiter oben für die allgemeine Unzufriedenheit mit dem römisch-gemeinrechtlichen Mobiliarsicherheitenrecht insgesamt referiert worden sind.[356] Ein zentraler Aspekt ist jedenfalls auch hier, wie beim besitzlosen Mobiliarpfand allgemein, die mangelnde äußere Erkennbarkeit der Belastung. Artikuliert wird dieses Problem zunächst wieder mit Bezug auf **spätere Erwerber dinglicher Rechte** an der Pfandsache, also den Erwerber der Sache zu Eigentum und den späteren Erwerber eines Pfandrechts, die, wenn ihnen ihr Vormann die bestehende Last verschweigt oder von dieser allenfalls selbst nicht weiß, Gefahr laufen, ein in Wahrheit entwertetes Recht erworben zu haben, was leicht zu komplexen und im Ausgang unsicheren Rechtsstreitigkeiten führen kann.[357] Mit Sicherheit werden die jedenfalls zunächst in etlichen Gebieten geltenden zahlreichen, zum Teil mit Rangordnungsprivilegien ausgestatteten gesetzlichen Generalhypotheken gemeinrechtlichen Ursprungs zu dieser Rechtsunsicherheit erheblich beigetragen haben. Die Generalhypothek barg damit nicht nur Gefahren für andere, sie war auch selbst ein unsicheres Instrument.[358] Inwieweit in dieser Epoche, zumindest an deren Anfang, die Gefahr des Betrugs durch Vordatieren von Hypothekenurkunden noch als reales Risiko empfunden worden ist, lässt sich schwer ermitteln.[359] Dass solche Machenschaften, sofern sie »erfolg-

---

356 Vgl oben II.B.1.a. zur Rechtfertigung des Faustpfandprinzips in der Kodifikationszeit sowie II.A.4.d. unter 4. und II.A.7. zum römischen bzw römisch-gemeinen Recht.

357 Deutlich § 29 der preußischen Hypothec- und Concurs-Ordnung von 1722, wo es als Begründung für die Einführung des Faustpfandprinzips heißt, aus der üblichen Generalverpfändung des gesamten gegenwärtigen und künftigen Vermögens seien »nur beschwerliche Processe entstanden, wenn der Schuldner die in Handen behaltenen beweglichen Güter veräussert, und der Gläubiger selbige, vermöge seines generalen Pfand-Rechts, von dem Käuffer, der solche bona fide an sich gebracht, wieder zurück und für sich haben wollen«; vgl dazu auch oben II.B.1.b.(i.) mit FN 262. Vgl ferner *Dernburg,* Pandekten I[7] 649.

358 Vgl statt vieler *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts 173; plastisch auch *Gönner,* Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern I[1] (1823) 21 ff (ebenso I[2] [1868] aaO).

359 *Dernburg,* Pandekten I[7] 649 führt diesen Aspekt als besonderes Problem des römisch-gemeinrechtlichen Pfandsystems an, ohne freilich auf einen konkreten Zeitraum Bezug zu nehmen. Aus den Motiven zur Reichs-Konkursordnung von 1877 (die vertragliche Generalhypotheken und generelle Vorzugsrechte entschieden ablehnt) wird man schließen dürfen, dass diesem Problem in den meisten Landesrechten zu diesem Zeitpunkt bereits durch Gebote öffentlicher Beurkundung oder Eintragung vorgebaut war, was allerdings – nur insoweit findet die

reich« durchgeführt werden (können), gerade bei Generalhypotheken ein ganz erhebliches Gefährdungspotenzial bergen, ist aber an sich unbestreitbar. In später Phase tritt auch hier der Schutz des Vertrauens **künftiger allgemeiner (ungesicherter) Gläubiger** auf Befriedigung ihrer Forderungen aus dem Schuldnervermögen (Haftungsfonds) hinzu.[360] Dass das – mit dem Konzept der Generalhypothek als unvereinbar aufgefasste – Spezialitätsprinzip ebenso wie der Grundsatz der Publizität als altes, bewährtes germanisches Rechtsgut gelten konnte (und gilt),[361] war der Beseitigung der Generalverpfändung wohl ebenfalls förderlich.

Die genauen Gründe für das Zurückdrängen und die schlussendliche Abschaffung der Generalhypothek in den Vorarbeiten zum **ABGB** lassen sich aus den Materialien wie so vieles nicht im Einzelnen rekonstruieren. Es scheint sich dabei aber um ein wesentliches Anliegen schon der 1753 eingesetzten Compilationscommission gehandelt zu haben; immerhin werden einige zentrale Erwägungen aus den einschlägigen Beratungen im Jahre 1769 in einer der wenigen Fußnoten-Anmerkungen in *Harras von Harrasowskys* Edition des Codex Theresianus festgehalten. Dort ist vom Ziel einer »allmälige[n] Beseitigung« der Generalhypotheken die Rede.[362] Manche der diesbezüglichen Bestimmungen des Codex Theresianus hätten zwar den Charakter einer »Concession«, von den getroffenen Neuerungen könne man allerdings nicht ablassen, »wenn man nicht in die mit den Generalhypotheken verbundenen Uebelstände verfallen wolle. Für den Schutz der Gläubiger

---

Frage Erwähnung – den allgemeinen Konkursgläubigern nichts nütze (vgl Motive zur RKO 252 = *Hahn,* Materialien IV 237).

360 So ausdrücklich in den Motiven zur RKO, die der Generalhypothek von vornherein nur die Funktion eines *Konkursvorrechts* einräumen (also kein Absonderungsrecht, sondern ein Recht auf vorrangige Befriedigung aus der gesamten Masse, vgl Motive 189 = *Hahn,* Materialien IV 185 und unten bei FN 375) und sodann nahezu alle derartigen Vorrechte ablehnen. Hierfür wird vorgebracht, dass jede Vorrechtsordnung (also auch als Konkursvorrechte wirkende Generalhypotheken) ein Übel seien, »hauptsächlich … für den Kredit. Ein Jeder, der mit dem Schuldner Geschäfte abschließen will, muß leicht im Stande sein, eine Uebersicht zu gewinnen, ob die Kräfte des Schuldners ausreichen; seine und die sonstigen Forderungen zu decken; je mehr und je verschiedene Vorrechte bestehen, desto weniger kann der Gläubiger übersehen, wieviel von dem Vermögen des Schuldners auf seine Forderung fallen würde. … keine Sorgfalt nützt, wenn das Errungene von Bevorzugten ihm entrissen wird.« Siehe Motive 253 = *Hahn,* Materialien IV 238.

361 Dementsprechend wird der »Verlust« dieses Prinzips durch die Rezeption des römischen Systems oft regelrecht beklagt; vgl aus der Kodifikationsepoche selbst etwa *Gönner,* Commentar I[1] 26 ff. Aus jüngerer Zeit (freilich ohne beklagenden Unterton) etwa die Darstellung bei *Brauneder* in Bericht über den 11. österreichischen Historikertag 226 (228 ff).

362 Dass die Entwicklung sukzessive und vor allem nicht in allen Landesteilen einheitlich verläuft, dokumentiert – mit Blick speziell auf »stillschweigende« (gesetzliche) Generalhypotheken im Liegenschaftsrecht – eindrucksvoll *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 74 ff. In der konkreten Beratung der Compilationscommission hatte man sich mit Abweichungen im böhmischen Landtafelrecht auseinanderzusetzen gehabt (Zitat aus *Harras von Harrasowsky,* Codex Theresianus und seine Umarbeitungen III (1884) 110, FN 4, zu Codex Theresianus III 7 §§ 113–128).

sei hinreichend gesorgt. Es sei ihnen unbenommen, sich bei der Creditirung die Bestellung eines Specialpfandes auszubedingen; außerdem bleibe ihnen, wenn sie dies unterließen, die Möglichkeit auf gerichtlichem Wege zu einem Pfande zu gelangen«.[363] Welcher Übelstände genau gedacht wird, bleibt in dieser Quelle offen. Bezeichnend für diese Zeit ist aber wohl, dass es ausgerechnet das Sicherungsbedürfnis des (Pfand-)Gläubigers ist, das offensichtlich den größten Rechtfertigungsdruck auf die Kommission ausübt.

Gute hundert Jahre später, bei den Vorarbeiten zum **BGB**, ist der Tod der Generalhypothek längst ausgemachte Sache; im Wesentlichen ist er durch vorangehende Landes- bzw Reichsgesetzgebung auch bereits eingetreten. Die Motive zum BGB merken zur Generalhypothek des römischen Rechts an: »Mit einem solchen Systeme ist der Zweck des Pfandrechts kaum noch vereinbar.« Und weiter: »Ihre Schädlichkeit für den Kredit bedarf einer weiteren Darlegung nicht; sie ist längst erkannt, und schwerlich wird jemand die Wiederbelebung der Generalhypothek durch das bürgerliche Gesetzbuch empfehlen.«[364] Dieser Satz findet sich fast wörtlich bereits in *Johows* Begründung zu seinem Entwurf des Sachenrechts. Ja, der Redaktor wird noch deutlicher und zitiert aus einem Kommentar zum Bayrischen Hypothekengesetz, in dem die Generalhypothek nach römischem Muster als »das widerrechtlichste und fürchterlichste« bezeichnet wird, »zu dem sich jemals der menschliche Verstand verirrt hat«.[365]

Was aber ist so »widerrechtlich« bzw so »unjuristisch«[366] an der Generalhypothek, dass sich ihre Beibehaltung gleichsam schon aus dogmatischen Grundsätzen verbieten sollte? *Johow* selbst verweist auf jene Gründe, aus welchen im Entwurf auch das Eigentum nur an einzelnen Sachen anerkannt ist: Im Wesentlichen ist damit das sachenrechtliche **Spezialitätsprinzip** angesprochen,[367] von dem es im

---

363 Siehe wiederum *Harras von Harrasowsky,* Codex Theresianus III 110, FN 4. Erwähnt werden diese Beratungen und ihr vornehmliches Ziel, der Ausschluss der Generalhypotheken, auch bei *Harras von Harrasowsky,* Geschichte der Codification des österreichischen Zivilrechtes (1868/1968) 115 (freilich ohne Nennung von Gründen oder sonstigen Einzelheiten). – Der Verweis auf die Möglichkeit, »auf gerichtlichem Wege zu einem Pfande zu gelangen«, spielt übrigens nicht auf die Begründung eines Pfändungspfandes (erst) im Wege der Zwangsvollstreckung der fälligen Forderung an, sondern auf die im Codex Theresianus (III 7 n 118 ff) vorgesehene gerichtliche »Erstreckung« der bei Vereinbarung einer Generalhypothek notwendig einverleibten Spezialhypothek auf sonstige liegende Güter des Pfandbestellers.

364 Motive zum BGB III 597 bzw 598.

365 Siehe *Johow,* Sachenrecht II 1457 = *Schubert,* Sachenrecht II 429 mit Verweis auf *Gönner,* Commentar I² 19 f.

366 *Johow* aaO.

367 *Johow* (aaO) verweist primär auf die in »Abschnitt III Tit. 1« erörterten Gründe, wo allerdings im Wesentlichen nur der Satz wiederholt wird, dass Gegenstand des Eigentums nur einzelne Sachen sein können, und für Sachgesamtheiten auf die Begründung zu § 14 TE-Sachenrecht verwiesen wird *(Johow,* Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Sachenrecht I [1880] 491 f, publiziert in *Schubert* [Hrsg], Die Vorlagen der Redaktion für die erste

Zusammenhang mit der Stellung des Vorentwurfs zur Frage der Sachgesamtheit bzw Gesamtsache[368] heißt, »ein Pfandrecht an der Sachgesammtheit als solchen müßte schon an dem das neuere deutsche Pfandrecht unbestrittenermaßen beherrschenden Grundsatze der Spezialität scheitern«.[369] Zugleich wird offenbar auf das **Publizitätsprinzip** Bezug genommen.[370] Damit steht der Entwurf auf dem Boden einer in der deutschen Dogmatik des 19. Jahrhunderts sich zunehmend verfestigenden Lehre: »daß *Specialität* und *Erkennbarkeit* wesentliche Bedingungen der Existenz eines dinglichen Rechts sind; oder daß mit anderen Worten ... vernünftigerweise nur eine *individuell bestimmte* Sache Gegenstand eines dinglichen Rechts sein kann, und der Umstand, daß sie es geworden, für Jedermann erkennbar gemacht sein muß. Denn nur mit einer solchen Sache ist eine unmittelbare juristische Verbindung denkbar, und nur dann, wenn diese Verbindung für Jedweden sichtbar gemacht worden, läßt sich die vorbemerkte Wirkung des dinglichen Rechts rechtfertigen.«[371] Dass die Generalhypothek, die offenbar weder das eine noch das andere erfüllt, bei diesem Ansatz als unhaltbar gelten muss, liegt auf der Hand. Dies ist allerdings nicht der einzige Angriffspunkt, dem sich die römische Hypothek auf dogmatischer Ebene ausgesetzt sieht. *Gönner,* aus dessen Kommentar *Johow* zitiert, wird noch grundsätzlicher: »In diesem Systeme [dem römischen, Anm] entsteht nun aus einem bloßen Vertrage das dingliche Recht an der verpfändeten Sache, ... obgleich aus Verträgen gegen dritte Personen kein Recht entstehen soll«.[372] Die Generalhypothek entferne sich somit »von allen Fundamentalsätzen

---

Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht I [1982] 615 ff). Zu § 14 TE-Sachenrecht sogleich im Text und in FN 368.

368 Hierzu bestimmt § 14 TE-Sachenrecht im Anschluss an die damals neuere Lehre: »Durch die Bezeichnung mehrerer physisch nicht zusammenhängender Sachen mit einem Gesammtnamen kann nicht die Sachgesammtheit als solche, sondern es können nur die darunter begriffenen einzelnen Sachen Gegenstand von Rechtsverhältnissen werden.« Zur Entwicklung des Meinungsstands in dieser Frage und zu Einzelheiten *Johow,* Sachenrecht I 60 ff = *Schubert,* Sachenrecht I 184 ff.

369 *Johow,* Sachenrecht I 64 = *Schubert,* Sachenrecht I 188.

370 *Johow,* Sachenrecht II 1457 = *Schubert,* Sachenrecht II 429 verweist dort in FN 2 nämlich noch auf die Begründung zu § 33 TE-Sachenrecht, welcher bestimmt, dass die Einschreibungsbewilligung, auf deren Grundlage Verfügungen über ein Grundstück zu verbüchern sind, (unter anderem) das betroffene Grundstück bestimmt zu bezeichnen hat. Dort wird zur Bedeutung des § 33 TE-Sachenrecht ausgeführt: »Indem er verlangt, daß das Grundstück, auf welches die Einschreibungsbewilligung sich bezieht, in derselben bestimmt bezeichnet werde, giebt er zu erkennen, daß das Spezialitätsprinzip auch in Beziehung auf den Gegenstand der Rechte den Entwurf beherrschen soll, dergestalt, daß immer nur einzelne Grundstücke der sachenrechtlichen Verfügung der Betheiligten unterliegen. Es ist dieses Prinzip die Konsequenz des Grundsatzes der Oeffentlichkeit ...«; siehe *Johow,* Sachenrecht I 287 f = *Schubert,* Sachenrecht I 411 f (Zitat 288 bzw 412). »Öffentlichkeit« ist bei *Johow* gleichbedeutend mit »Publizität«.

371 So *Bornemann,* Systematische Darstellung I² 186 (Hervorhebungen im Original). Ähnlich der Sache nach *Gönner,* Commentar I² 19 (»... da fällt es in die Begriffe, daß nur eine *bestimmte Sache* der Gegenstand seyn kann«).

372 *Gönner,* Commentar I² 19.

des Rechts«, die den Unterschied zwischen **persönlicher Haftung** (mit dem gesamten Vermögen des Schuldners) und dinglicher Pfandhaftung (die nur einzelne Sachen zum Gegenstand haben könne) ausmachen.[373] Dieser Gedanke hat auch im österreichischen Schrifttum Anklang gefunden.[374]

Ganz ähnlich operieren die Motive zur Reichs-Konkursordnung von 1877, die im Ergebnis die Beseitigung der Generalhypotheken in Deutschland dem BGB vorwegnimmt und deren Verfasser sich ebenfalls der dogmatischen Demontage dieses Sicherungsinstruments verschrieben haben. Die Gesetzesverfasser versagen der generellen Hypothek jeden Anspruch auf ein Absonderungsrecht und verweisen für die Diskussion um ihre Wirkungen im Konkurs von vornherein auf jene über generelle Vorzugsrechte (»Privilegien«) im Konkurs; gemeint sind gegenüber anderen Konkursgläubigern bevorzugte Rechte auf vorrangige Befriedigung *aus der Konkursmasse.*[375] Dabei bedienen sich die Motive einiger bereits genannter Argumente: einmal jenes der fehlenden unmittelbaren Beziehung zur Sache; dann des Gedankens, dass eine Haftung des gesamten Vermögens wesensmäßig persönliche Haftung sei (»Ziel und Gegenstand sind ihr mit jeder Konkursforderung identisch.«).[376] Und schließlich wird an den damals offenbar bereits einigermaßen degenerierten Wirkungen der Generalhypothek (sofern sie überhaupt noch bestand) angeknüpft; konkret daran, dass aus mehreren Gründen das generelle Recht – sei es Hypothek oder Privileg – lediglich jene Gegenstände ergreife, aus denen sich das Schuldnervermögen zur Zeit der Zwangsvollstreckung oder Rechtsverfolgung zusammensetze.[377] Davon, dass sich eine Pfandhaftung dem Konzept eines dinglichen Rechts entsprechend an veräußerten Gegenständen fortsetzen müsste, wird hier also nicht ausgegangen. Kombiniert liest sich dies so: »Eine Generalhypothek stößt schon auf rechtliche Widersprüche. Um dinglich zu wirken, fehlt ihr die unmittelbare Beziehung der Forderung zur Sa-

---

373 Siehe *Gönner,* Commentar I² 20 bzw 2 f (ebenso bereits I¹ aaO).

374 Vgl insbesondere *E. Demelius,* Pfandrecht 142 ff, dessen Kernsätze lauten: »Indem nun jemand sein gegenwärtiges und künftiges Vermögen verpfändet, so macht er die Gesammtheit dessen, was für seine Schuld primäre Deckungsquelle ist, zum Pfandobject, er identificiert beide Befriedigungsquellen und bewirkt dadurch, daß die Tilgung der Forderung überhaupt nur noch aus Pfandobjecten erfolgen kann, sei es nun, daß der Schuldner freiwillig zahlt oder daß es zur Distraction kommt. … Eine wahre pfandrechtliche Sicherstellung ist somit in der Generalverpfändung nicht gelegen« (aaO 143). Und weiter (aaO 144): »Die Generalverpfändung ist daher ihrem eigentlichen Wesen und ihrer praktischen Bedeutung nach ein Rangordnungsgeschäft.«

375 Siehe Motive zur RKO 188 f = *Hahn,* Materialien IV 185.

376 Motive zur RKO 189 = *Hahn,* Materialien IV 185.

377 Motive zur RKO 252 = *Hahn,* Materialien IV 237. Als Gründe dieser Beschränkung auf im Verwertungszeitpunkt noch im Vermögen des Schuldners stehende Gegenstände werden genannt (aaO): einmal, dass der Schuldner nicht in der Verfügung über sein gesamtes derzeitiges Vermögen gelähmt werden dürfe; zum anderen, dass vom Gläubiger nicht der Nachweis zu verlangen sei, dass und welche Vermögensstücke der Schuldner schon zur Zeit der Einräumung besessen habe.

che; gegen dritte Erwerber der Sachen wirkt sie nicht; gegen den Schuldner nicht anders wie jede Forderung …«.[378] Mit dem Satz, zur Befriedigung stünden letztlich nur jene Vermögenswerte offen, die im Verwertungszeitpunkt noch vorhanden sind, verbinden die Motive noch zwei weitere Argumente gegen die Statthaftigkeit der Generalhypothek: erstens, dass dies dem bevorzugten Gläubiger jede Vorstellung vom Umfang seines Rechts entziehe. Zweitens und primär aber gestatte dies dem Schuldner »jede Willkür in der Verfügung über sein Vermögen und in künftigem Erwerb. Vollends der Willkür des Schuldners sind die übrigen Gläubiger Preis gegeben«.[379] Damit ist es letztlich ein Leichtes, die maximal zum bloßen Konkursvorrecht herabgestufte Generalhypothek mitsamt (nahezu) allen vertraglich begründeten generellen Vorzugsrechten endgültig zu tilgen.[380]

Ob diese Argumente einer kritischen Überprüfung standhalten, steht auf einem anderen Blatt. Für die Reichs-Konkursordnung wurden sie für hinreichend empfunden. Und die Motive zum BGB können sich – wie so häufig – darauf berufen, im Wesentlichen geltendes Recht festzuschreiben; denn die in den einzelnen Staaten erlassenen Ausführungsgesetze zur RKO »haben der Verpfändung des ganzen Vermögens vielfach den Boden entzogen, so daß die praktische Bedeutung der römischen Generalhypothek in Deutschland jetzt nahezu beseitigt ist«.[381]

Keine Rolle spielen hingegen bislang offensichtlich folgende Erwägungen: Einmal, dass sich der Sicherungsgeber bei Eingehen einer Globalhaftung durch Auslieferung an den Gläubiger seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit nahezu völlig begeben könnte (»Knebelung«). Dieser Aspekt wird erst in Zusammenhang mit globalen Vollrechtsübertragungen (Sicherungsübereignung und Sicherungszession) richtig ins Bewusstsein treten. Zum Zweiten sorgt man sich aufgrund der zahlreichen Konkursprivilegien und gesetzlichen Generalhypotheken zwar durchaus darum, dass für normale Konkursgläubiger im Verwertungsfall nichts mehr übrig bleibe.[382] Von der Gefahr eines Aufzehrens der Konkursmassen bereits durch einen ersten global gesicherten Vertragspfandgläubiger ist allerdings noch nicht die Rede.

b. Mittel

Wie, so fragt sich als nächstes, ist die Beseitigung des allseits identifizierten Übels im Gesetz wohl zweckmäßigerweise zu bewerkstelligen? Man könnte meinen: in-

378 Motive zur RKO 252 = *Hahn,* Materialien IV 237. Sehr ähnlich für das österreichische Recht im Übrigen *E. Demelius,* Pfandrecht 142 ff.

379 Motive zur RKO 252 = *Hahn,* Materialien IV 237.

380 Vgl im Ergebnis § 54 RKO und die näheren Erwägungen in den Motiven zur RKO 251 ff = *Hahn,* Materialien IV 237 ff.

381 Motive zum BGB III 598.

382 Motive zur RKO 250 = *Hahn,* Materialien IV 236.

dem der Begründung eines Generalpfands ausdrücklich die rechtliche Wirkung versagt wird; oder indem umgekehrt ausdrücklich bestimmt wird, dass Pfandobjekt nur eine bestimmte Sache sein könne. Allein, derartige Bestimmungen finden sich in den beiden hier näher behandelten Zivilrechtskodifikationen nicht.

1. Dabei hätte eine solche Regelung gerade in der Entwicklungsgeschichte des **ABGB** nicht allzu ferne gelegen. Der Codex Theresianus sieht die Zweiteilung nämlich explizit im Normtext vor (II 30 n 12): »Das aus Willkür der Contrahenten bestellte Pfandrecht ist entweder allgemein oder sonderheitlich; mit dem allgemeinen wird das gesammte Hab und Gut des Schuldners behaftet, das sonderheitliche hingegen nur an einer gewissen benannten Sache oder Gut bestellet.«[383] Bei dieser Unterscheidung hätte angeknüpft und das Verbot statuiert werden können, nur ist man in dieser Phase rechtspolitisch noch nicht so weit. Vielmehr wird die Generalhypothek dem Namen nach zunächst beibehalten, jedoch in ihrer Wirkung sehr erheblich, ja eigentlich bis zur Unkenntlichkeit beschnitten und die Entstehung dieser Restwirkungen in mehrfacher Hinsicht erschwert. Kurz gefasst kann eine »allgemeine Hypothek«, die nach dem Wortlaut des Entwurfs alles gegenwärtige und zukünftige, bewegliche und unbewegliche Vermögen im Sprengel des für die Einverleibung zuständigen Gerichts erfasst (III 7 n 114), nur gemeinsam mit einer zugleich begründeten Spezialhypothek an einer Liegenschaft bestellt werden. Auch damit erlangt die »Generalhypothek« aber noch keine Pfandwirkung (III 7 n 117f). Vielmehr kann, wenn die Deckung der Schuld durch das bestellte Spezialpfand unsicher erscheint, dieses in sonstige Vermögenswerte des Sicherungsgebers »sonderheitlich« erstreckt werden. Um eine solche Erstreckung ist im Fall der Ausdehnung auf weitere Grundstücke bei Gericht unter individueller Bezeichnung derselben anzusuchen und die Erstreckung zu verbüchern; erst dadurch entsteht das Pfandrecht, eine weitere Spezialhypothek (III 7 n 118ff). Auch die Erstreckung auf bewegliche Sachen setzt offenbar gerichtliche Verschreibung voraus (III 7 n 5; II 30 n 8), und zwar muss die Erstreckung »namentlich und besonders« (also speziell) erfolgen und müssen die betroffenen Fahrnisgegenstände zugleich etwa in gerichtlichen Beschlag genommen oder dem Gläubiger ausgehändigt werden (III 7 n 114f). Hat sich das als »allgemeine Hypothek« vereinbarte Recht also erst einmal zu einem wirklichen Pfandrecht entwickelt, ist es Spezial-Besitzpfand. Von einer Fahrnishypothek kann man nach dem Codex Theresianus also im Grunde gar nicht mehr sprechen.[384]

383 Sinngemäß zur Hypothek im Besonderen auch Codex Theresianus III 7 n 103.

384 Vgl dazu etwa *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 64ff und *E. Demelius,* Pfandrecht 144 FN 8, der statt von einer Mobiliarhypothek von einer »Anwartschaft auf das Pfandrecht« spricht.

Der Entwurf Horten enthält ein weitgehend vergleichbares Konzept. Auch dieser kennt noch eine »allgemeine Hypothek« dem Namen nach, verlangt aber für jegliche pfandrechtliche Wirkung, im Bestellungsvertrag zudem »ein besonderes bewegliches oder unbewegliches Gut« zu nennen (III 7 § 26). Das Anknüpfungs-Spezialpfand kann hier also auch Fahrnis betreffen. In diesem Fall kann sich allerdings die gerichtliche Erstreckung ebenfalls nur auf weitere speziell zu bezeichnende bewegliche Sachen beziehen, wirksam wird das Pfandrecht wieder nur mit gerichtlichem Beschlag oder körperlicher Übergabe (III 7 § 27). Ist das Anknüpfungs-Spezialpfand eine Liegenschaftshypothek, kann sich die gerichtliche Spezial-Erstreckung auf weitere Grundstücke oder auch auf Fahrnis beziehen (III 7 § 28). Eine ausdrückliche Voraussetzung dahingehend, dass der Sicherungsgeber den Besitz an der beweglichen Sache aufgeben müsste, fehlt hier.[385] Doch könnte es sich insoweit um ein redaktionelles Versehen handeln.[386]

Der Entwurf Martini schließlich vollzieht den Abschied von der Generalhypothek endgültig. Er erwähnt sie auch dem Namen nach nicht mehr. Er erwähnt sie also auch nicht, um ihr die rechtliche Wirkung ausdrücklich zu versagen. Auch die spiegelbildliche Regelung sieht er wie angedeutet nicht vor, nämlich explizit nur Pfandbestellungen an individuell bestimmten Vermögensgegenständen zuzulassen. Das »sonderheitliche« oder »spezielle« Pfandrecht kommt auch als Begriff nicht vor; vermutlich hat man hierfür schlicht keinen Bedarf mehr gesehen, nachdem der andere Teil des Gegensatzpaars in Wegfall gekommen war.

Als rechtstechnisches Vehikel zur Beseitigung der Generalhypothek fungiert vielmehr ein Normengefüge, auf das man sich schon aus anderen Gründen ohnehin verständigt hat: die Bestimmungen über den Modus, die Erwerbungsart des Pfandrechts. Für das Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen ist es somit das **Faustpfandprinzip,** das die Generalhypothek – als besonderen Fall der Mobiliarhypothek – ausschließt;[387] für Liegenschaften der Eintragungsgrundsatz, da die Einverleibung in einem nach dem Realfoliensystem organisierten Grundbuch jeweils nur in Bezug auf einen individuell bestimmten Grundbuchskörper erfolgen kann.[388] Dies ist auch die Lösung des ABGB (§ 451 Abs 1). Nebenbei ergibt sich ein interessanter Zwischenbefund: Auch wenn *Zeiller* zur Mobiliarverpfändung nach § 451 ABGB ausführt, es müsse »eine *bewegliche* und *einzelne* Sache dem

385 Vgl Entwurf Horten III 7 §§ 28–30 im Vergleich zu III 7 § 27.

386 Der hier interessierende Teil III des Entwurfs Horten wurde wegen anderweitiger dringender legislativer Projekte von der Gesetzgebungskommission gar nicht mehr durchberaten, sondern besteht aus der von *Horten* allein als Grundlage für die Beratungen erstellten »Umarbeitung« des Codex Theresianus; vgl *Brauneder,* Gutenberg-Jahrbuch 1987, 205 (213 f).

387 Entwurf Martini II 8 § 8; entsprechend Urentwurf II § 228.

388 Vgl im Ansatz schon *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 68 f. Zur schrittweisen Einführung des modernen Grundbuchssystems in Österreich (die bei Inkrafttreten des ABGB 1812 bei weitem noch nicht abgeschlossen war) *E. Weiß,* Zur Geschichte des Realfoliums und des Hauptbuchsystems in Österreich, in FS Jahrhundertfeier des ABGB (1911) 509 (insb 540 ff).

Gläubiger körperlich übergeben werden«,[389] enthält das ABGB in seiner Urfassung ebenso wie der Entwurf Martini keine ausdrückliche Verankerung des Spezialitätsprinzips beim Pfandrecht. Auch dort, wo sich das Spezialitätsproblem nach Wegfall der Generalhypothek am ehesten aufgedrängt hätte, bei den Warenlagern und Frachtgütern, die in der Regelung zur symbolischen Übergabe besonders angeführt werden (zur Verpfändung Entwurf Martini II 8 § 11; nun § 427 ABGB), wird es nicht angesprochen.[390] Positiviert war der Spezialitätsgrundsatz hingegen im Grundbuchsrecht, soweit – die Rechtslage war bei Inkrafttreten des ABGB länderweise noch stark zersplittert[391] – dieses bereits dem Realfoliensystem mit Eintragungsgrundsatz folgte, die Begründung oder Übertragung also grundsätzlich nur durch bücherliche Einverleibung erfolgen konnte. Mit der Dritten Teilnovelle RGBl 1916/69 wurde es dann auch im ABGB festgeschrieben, allerdings nur im neu aufgenommenen § 451 Abs 2 ABGB für die Verpfändung von bücherlich nicht eingetragenen Liegenschaften oder Bauwerken: Die gerichtlich zu hinterlegende Pfandbestellungsurkunde »muß die genaue Angabe des Pfandgegenstandes … enthalten«.

2. Die **deutsche** Kodifikationsgeschichte zur Beseitigung der Generalhypothek lässt sich – beschränkt man sich auf Preußen und später das Deutsche Reich – rasch abhandeln: Was deren Wirkung auf bewegliche Sachen betrifft, so ist das Mittel der Wahl bereits in der preußischen Hypothec- und Concurs-Ordnung von 1722 das **Faustpfandprinzip**, hier noch kombiniert mit einer ausdrücklichen Bestimmung, die die Generalverpfändung in Bezug auf Mobilien für wirkungslos erklärt.[392] Bereits im ALR übernimmt diese Funktion soweit ersichtlich allein das Übergabeerfordernis als Pfandbestellungsmodus bei Fahrnis.[393] *Dernburg* hält ganz

389 *Zeiller,* Commentar II/1, 256 (Hervorhebungen im Original). Daneben äußert sich *Zeiller* aaO auch direkt zur Generalhypothek: »Eine bloße Verschreibung des sämmtlichen Vermögens (General-Hypothek) gibt also kein Pfandrecht …«.

390 Eine Verpflichtung, »die besonderen Kennzeichen, wodurch es von anderen Sachen sich unterscheiden läßt, zu beschreiben«, begegnet nur in Entwurf Martini III 15 § 33. Dies ist die Vorläuferbestimmung zu § 1370 ABGB, aus der sich die Verpflichtung des Faustpfandgläubigers ergibt, dem Pfandbesteller auf Verlangen einen »Pfandschein« auszustellen, mithilfe dessen sich das Pfandobjekt eindeutig bestimmen lässt. Die Funktion dieser Regelung ist aber natürlich eine völlig andere, als eine Gültigkeitsvoraussetzung für das Pfandrecht zu statuieren. Sie sichert das Rückstellungsinteresse des Pfandbestellers nach Tilgung der Schuld.

391 Vgl hierzu die Übersicht bei *E. Weiß* in FS Jahrhundertfeier des ABGB 509 (547 ff).

392 § 29 der Hypothec- und Concurs-Ordnung von 1722, teilweise zitiert oben II.B.1.b.(i.) bei FN 262; die Norm setzt fort: »Und wie also eine generale Pfand-Verschreibung ohne Übergabe des beweglichen Pfandes ohne Effect; Also soll hinkünfftig auch die Clausul aus denen Obligationen gelassen, oder unnütz geachtet, und mit der generalen Hypothec allein die Immobilia auch nomina und Jura des Schuldners afficiret werden.« Vgl *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 69 f, 125 (dem auch das Zitat folgt).

393 ALR I 20 §§ 94, 104; vgl *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 70. Für das Mobiliarpfandrecht hält ALR I 20 § 112 ferner fest, dass, wenn durch Gesetz oder Vertrag ein »allgemeines

folgerichtig fest, die gewünschte Spezialität sei bei Verpfändung mittels Grundbucheintrags bzw Besitzübertragung »von selbst« gegeben.[394] Bei diesem Ansatz bleibt es. Für *Johows* Sachenrechtsentwurf ist »[e]ine besondere Vorschrift ... hier entbehrlich, weil die zur Begründung des Pfandrechts erforderlichen Formen nur auf einzelne Sachen oder Rechte anwendbar sind«.[395] Damit begnügen sich auch die weiteren Entwürfe und das BGB.[396]

3. Die Zurückdrängung gesetzlicher Pfandrechte

Drittes großes rechtspolitisches Ziel in der Kodifikationszeit ist letztendlich die weitestgehende Abschaffung gesetzlicher bzw »stillschweigender« Pfandrechte; also solcher, deren Entstehung weder eines rechtsgeschäftlichen Begründungsakts noch einer Kundbarmachung bedürfen. Der hiesige Abschnitt kann gleichwohl kurz gehalten werden, weil das Thema für die künftige Rechtsentwicklung jedenfalls aus österreichischer Sicht kaum Bedeutung hat. Dass diese zum Teil mit Rangprivilegien ausgestatteten Legalhypotheken für das Pfandrechtssystem insgesamt äußerst problematisch waren, ist schon mehrfach angesprochen worden.[397] Nach langer, durchaus differenziert verlaufener Entwicklung[398] hält für **Österreich** die Compilationscommission in Codex Theresianus II 30 n 18 Motiv und Lösung in einem fest: »Derlei Fälle waren bishero nach den gemeinen Rechten und vorhin bestandenen Gesetzen mehrfältig; wiezumahlen aber diese stillschweigenden Hypotheken mit dem öffentlichen Trauen und Glauben und der davon abhangenden Sicherheit des Handels und Wandels keineswegs vereinbarlich, sondernd dem abgezielten heilsamen Endzweck der Landtafeln schnurgerad zuwider sind, so haben Wir dahero für nöthig befunden, für das Künftige alle stillschweigenden Hypotheken, ... mit alleiniger Ausnahm nachstehender zweier Fälle hiermit gänzlich aufzuheben und abzustellen.« Diese beiden Ausnahmen sind erstens gesetzliche Pfandrechte für Steuern, Abgaben und dergleichen (n 19) sowie zweitens das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters bzw Verpächters an ein-

---

Pfandrecht begründet: so kann der Berechtigte die Auslieferung gewisser bestimmter Sachen nur dann fordern, wenn er Cautionsbestellung zu verlangen befugt ist«. Für Liegenschaften siehe ALR I 20 §§ 402 f.

394 *Dernburg,* Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I[5] 778.

395 *Johow,* Sachenrecht II 1457 = *Schubert,* Sachenrecht II 429.

396 Vgl Motive zum BGB III 598: »Mit den Formen, an welche der Entwurf die Entstehung des Pfandrechtes knüpft, ist die Verpfändung eines Vermögens nicht vereinbar.«

397 Siehe oben II.A.4.d. unter 4. sowie II.A.7. unter 2.

398 Für die österreichischen Länder eingehend dargestellt bei *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 74 ff, der offenlegt, dass manche der ursprünglich mittels »stillschweigender« Hypothek gelösten Regelungsanliegen über lange Zeit durchaus weiterverfolgt worden sind, jedoch mit anderen Mitteln (etwa durch Ansprüche auf Sicherheitsleistung, die in die reguläre Bestellung verbücherter Pfandrechte münden). Siehe auch *Brauneder* in Bericht über den 11. österreichischen Historikertag 226 (229 ff); für Preußen *E. Weiß* aaO 119 ff.

gebrachtem Gut für Bestandszinsen und Ersatz von Schäden am Bestandsgegenstand.[399] Bei diesem restriktiven Ansatz ist es geblieben. In den sonstigen Fällen, in denen man ein Sicherungsinteresse grundsätzlich weiter anerkennen wollte, wurden gesetzliche Ansprüche auf »Sicherstellung« vorgesehen; auf deren Grundlage kann nach den allgemeinen Regeln der §§ 1373, 1374 ABGB (in erster Linie) die Besicherung durch Handpfand oder Hypothek begehrt werden.[400] Damit sind derartige Fälle vollständig in das allgemeine System integriert.

Die Entwicklung in **Deutschland** ist, jedenfalls was die letzte Phase der Zivilrechtskodifizierung betrifft, im Wesentlichen vergleichbar: Das Sachenrecht enthält sich in Sachen Anordnung gesetzlicher Pfandrechte zur Gänze. An Grundstücken soll es sie überhaupt nicht mehr geben, höchstens eine gesetzliche Verpflichtung des Eigentümers, die Eintragung einer Hypothek zu bewilligen. Gesetzliche Pfandrechte an beweglichen Sachen sind andernorts vorzusehen.[401] Hauptfall in der Stammfassung des BGB ist jenes des Vermieters bzw Verpächters,[402] umgekehrt ist auch ein gesetzliches Pfandrecht des Grundstückspächters an Inventarstücken vorgesehen.[403]

4. Wiederkehr der (publizitätslosen) Sicherungsübereignung

Im Folgenden wird einem »Klassiker« der jüngeren europäischen Privatrechtsgeschichte erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt, dessen wirtschaftliche Bedeutung ebenso evident ist wie seine theoretische Fundierung über Generationen Anlass zu heftigem Meinungsstreit gegeben hat. Es geht um die Herausbildung der modernen Sicherungsübereignung als Alternative zum Pfandrecht, das, wie gesehen, infolge des sich durchsetzenden Faustpfandprinzips den Spielraum des Schuldners beim Zugang zum Realkredit erheblich eingeengt hat. Der Schwerpunkt liegt in diesem Kapitel auf der Entwicklung des **deutschen Rechts**, die verglichen mit anderen hier einbezogenen Rechtsordnungen am frühesten eingesetzt hat und – gut dokumentiert – reiches argumentatives Anschauungsmaterial bietet. Die Entwicklungen im österreichischen, niederländischen und französischen Recht

399 Codex Theresianus II 30 n 20–27. Für sonstige Fälle einer nach altem Recht »erworbenen«, aber bislang nicht verbücherten stillschweigenden Hypothek sieht der Codex Theresianus die Möglichkeit vor, binnen Jahresfrist um Vormerkung derselben in den Grundbüchern anzusuchen (aaO n 29–32). Vgl auch *Harras von Harrasowsky,* Geschichte der Codification 111.

400 Zu diesem letzten Entwicklungsschritt wieder *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen II 113 f. Zum geltenden Recht Überblick bei *W. Faber* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB VI[4] (2016) §§ 1373, 1374 Rz 1 ff.

401 Vgl hierzu *Johow,* Sachenrecht II 1457, 1794 ff = *Schubert,* Sachenrecht II 429, 766 ff; Motive zum BGB III 796 f.

402 In der Stammfassung §§ 559 ff, 580 f, 585 BGB, vgl heute §§ 562, 578, 581 BGB.

403 Ursprünglich § 590, nun § 583 BGB.

werden weiter unten in den jeweiligen Länderkapiteln skizziert.[404] Dabei sind argumentative Anleihen an der deutschen Diskussion vor allem für Österreich, aber auch für die Niederlande ganz offensichtlich. Bemerkenswerterweise weichen die Ergebnisse in diesen drei Rechtsordnungen (dennoch) fundamental voneinander ab.

Dies leitet über zum übergeordneten Zweck einer näheren Befassung mit dieser Entwicklung im Rahmen der vorliegenden Arbeit. Es geht im Kern um die Frage, ob und allenfalls inwieweit die Wahl unterschiedlicher Rechtsformen – Pfandrecht bzw Sicherungsübereignung – unterschiedliche Rechtsfolgen zu rechtfertigen vermag, zumal wenn der praktische Unterschied zwischen diesen Rechtsfolgen erheblich ist. Dieser Frage hat sich potentiell jede Rechtsordnung zu stellen; sie stellt sich erneut, wenn man über Optionen einer künftigen Rechtsentwicklung nachdenkt. Das deutsche Recht liefert für diesen Diskurs ein hervorragendes Beispiel: Die Unterschiede in den praktischen Konsequenzen der vertretenen Ansätze sind größer nicht denkbar; sie reichen von der völligen Unwirksamkeit jeglicher Sicherungsübereignung bis zu deren Zulassung ohne jegliche Publizität. Damit stellt sich automatisch die Frage nach der Kraft der Argumente, die derartige Diskrepanzen zwischen diesen Lösungen untereinander, vor allem aber auch im Verhältnis zum (Faust-)Pfandrecht legitimieren könnten. Auch diesbezüglich wird sich der Blick aufs deutsche Recht als aufschlussreich erweisen.

a. Entwicklung und Kritik

Die römische Übertragung des Eigentums zu Sicherungszwecken *(fiducia cum creditore contracta)* ist, wie geschildert, in nachklassischer Zeit mangels Bedarfs an einer weiteren, noch dazu in der Bestellung umständlicheren Sicherungsform aus der Übung gekommen und schließlich von Justinian beseitigt worden. Das rezipierte gemeine Recht kennt sie folglich nicht, ja man braucht sie in dieser Form auch nicht, da das römisch geprägte Pfandrecht ohnehin größtmögliche Flexibilität bietet, insbesondere die weitere Nutzung des Pfandgegenstands durch den Sicherungsgeber ermöglicht. Wohl sind auch in der gemeinrechtlichen Praxis immer wieder Versuche unternommen worden, verschiedenen missliebigen Konsequenzen des geltenden Pfandrechts, wie dem Verbot der *lex commissoria* oder dem Prioritätenregime mit seinen gesetzlichen Rangprivilegien, auszuweichen, und hat man sich daher diverser Hilfskonstruktionen, wie des Verkaufs unter Wiederverkaufsabrede, bedient.[405] Bedeutende Veränderungen im Gesamtsystem des Mobiliarsicherungsrechts ergeben sich hierdurch allerdings nicht.

404 In diesen Ländern hat die maßgebliche Entwicklung im Gegensatz zu Deutschland erst nach der Kodifizierung eingesetzt.

405 Zu alldem oben II.A.2. aE.

Dies ändert sich mit den wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland. Auf der einen Seite steigt im Zuge der Industrialisierung bei gleichzeitiger Verarmung weiter Bevölkerungsschichten und damit sinkender Kreditwürdigkeit der Kreditbedarf erheblich an, auf der anderen Seite setzen die Gesetzgeber Schritt für Schritt das Faustpfandprinzip durch. Die Konsequenz ist vor allem für jene drückend, die als Kreditunterlage auf ihr bewegliches Vermögen angewiesen sind, dieses aufgrund des Faustpfandprinzips jedoch zu Besicherungszwecken nicht mehr nutzen können, weil die betreffenden Sachen in Betrieb oder Haushalt unentbehrlich sind.[406] Dieser handfeste, sich durch Krisenzeiten noch verstärkende wirtschaftliche Bedarf nach funktionalen Äquivalenten eines besitzlosen Mobiliarpfandrechts bringt Bewegung in die Kreditsicherungspraxis und schließlich ins System. Zunächst greift man auf das an sich schon seit langem bekannte Instrument des Kaufs auf Wiederkauf (bzw auf vergleichbare Konstruktionen) zurück: Der Kaufpreis übernimmt die Rolle des Darlehensbetrags, der Kaufgegenstand jene des Pfands. Die Übereignung erfolgt mittels Besitzkonstituts, das für die Verschaffung von Eigentum ja genügen soll, während es ein Faustpfand nicht begründen kann. Die Ausgestaltungen im Einzelnen variieren; oft wird der Kaufpreis als solcher gar nicht gezahlt, weil das Geld bereits in Form des zu sichernden Darlehens geflossen ist; oder er wird gegen eine bereits bestehende Tilgungsverpflichtung aufgerechnet. Die Kreditzinsen finden sich in Gestalt eines Mietentgelts für die Überlassung der Sache an den Verkäufer/Kreditnehmer wieder. Nicht viel später entwickelt sich hieraus die – natürlich ebenfalls durch *constitutum possessorium* vorgenommene – Sicherungsübereignung, bei der das Eigentum ausdrücklich zur Sicherung der Darlehensforderung übertragen wird und bei ordnungsgemäßer Tilgung zurückfallen soll, die Befugnisse des Sicherungsnehmers in Bezug auf die Sache vertraglich beschränkt werden und dieser im Fall der Verwertung durch Verkauf zur Rückführung eines etwaigen Mehrerlöses verpflichtet wird.[407] Die verschiedenen Ausformungen haben jedenfalls für einige Zeit in der Praxis parallel Verwendung gefunden; die wesentlichen Entwicklungsschritte in Wissenschaft und Rechtsprechung vollziehen sich allerdings noch primär unter Bezug auf Sicherungskaufgeschäfte.[408]

406 Vgl oben II.B.1.a.

407 Mannigfaltige Beispiele aus der Kautelarpraxis bei *Leist,* Sicherung von Forderungen 1 ff; zusammenfassend *Hromadka,* Faustpfandprinzip 141 ff (mit rekonstruierten Vertragsmustern); siehe auch *Coing,* Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (1973) 29 ff mit Beispielen aus der Judikatur der 1880er Jahre.

408 Noch *Hellwig* geht in seinem Anfang der 1880er-Jahre erschienenen Beitrag davon aus, dass zu seiner Zeit Sicherungsgeschäfte der hier interessierenden Art in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle im Gewand von Kaufverträgen aufträten und nur selten, auch dann wohl nur unter Zuziehung rechtskundigen Beistands, geradeheraus die Übertragung von Eigentum zur Sicherung einer Forderung vereinbart würde. Vgl *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (384); vgl auch die

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft beurteilen derartige Sicherungsgeschäfte zunächst skeptisch. Zentraler Gesichtspunkt ist dabei zunächst jener des **Scheingeschäfts** (Simulation), und zwar in seiner noch der gemeinrechtlichen Tradition verhafteten Ausprägung, die eine klare Scheidung von der Figur des Umgehungsgeschäfts noch nicht vollzogen hat. Im hier interessierenden Fall, dass die Parteien eines als Kauf auf Wiederkauf bezeichneten Vertrags in Wirklichkeit eine Verpfändung beabsichtigen, führt dies zur Unwirksamkeit, da das Besitzkonstitut zur Pfandrechtsbegründung nicht genügt. Da allerdings entscheidend einzig der Parteiwille ist (Kauf oder Pfandgeschäft?) und sich dieser im Prozess oft nur schwer und unsicher ermitteln lässt, bleiben die praktischen Ergebnisse uneinheitlich.[409] In einer 1878 veröffentlichten Untersuchung schafft *Josef Kohler* dann die säuberliche Unterscheidung zwischen simuliertem Geschäft (aus dem, weil nicht gewollt, keine rechtsgeschäftliche Bindung folgt) und dem verdeckten Geschäft.[410] Zu Letzterem betont er, dass die rechtliche Form eines Geschäfts und der mit dem Geschäft verfolgte wirtschaftliche Zweck nicht notwendig deckungsgleich sein müssen. Es kann also durchaus eine »Inkongruenz zwischen der wirtschaftlichen und der juristischen Seite des Geschäfts« gegeben sein, ohne dass daraus freilich folgen müsste, die gewählte juristische Form wäre simuliert.[411] Den Parteien sei es vielmehr grundsätzlich gestattet, den angestrebten wirtschaftlichen Zweck in jeder beliebigen Rechtsform zu realisieren, womit die für die gewählte

---

Judikaturübersicht bei *Linckelmann,* ArchBürgR 7 (1893) 209 (213 f FN 4). – *Hellwig* (aaO 386) äußert sich auch zur Häufigkeit derartiger Kaufgeschäfte: Sie würden »in Hessen fast alltäglich geschlossen«; man könne fast sagen, dass »an hiesigen Gerichten kein Terminstag vergeht, an welchem nicht eine Zwischenklage auf Grund derartiger Verträge gegen solche Gläubiger verhandelt wird, die den ausgepfändeten Schuldner wegen seines Mobiliarbesitzes für creditwürdig gehalten hatten«.

409 Darstellung stark verkürzt nach *Hromadka,* Faustpfandprinzip 146 ff mwN, auf dessen eingehende Analyse verwiesen werden darf; umfangreiche Nw insbesondere aus der Judikatur auch bei *Otten,* Die Entwicklung der Treuhand im 19. Jahrhundert – Die Ausbildung des Treuhandbegriffs des modernen Rechts (1975) 170 ff. Aus der höchstgerichtlichen Rsp RGZ 2, 168 (Simulation nach Stand der Aktenlage verneint); RGZ 2, 173 (konkret – unwirksame – verschleierte Verpfändung angenommen); vgl auch RGZ 13, 298 (wirklich gewollter Kauf). Die Scheingeschäftsproblematik nimmt auch in den Beratungen zum BGB zunächst noch eine zentrale Rolle ein, vgl Motive III 335, 337 f = *Mugdan* III 186 f bzw Motive II 340 = *Mugdan,* Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II: Recht der Schuldverhältnisse (1899) 189 (es sei auf Umstände des Einzelfalls abzustellen); siehe auch noch Protokolle III 3690 = *Mugdan* III 627 (Scheingeschäft liege nicht vor). – Überblick zur Beurteilung derartiger Sicherungsgeschäfte ferner bei *Schermaier* in *Vacca,* La garanzia 297 (303 ff); *Theisen,* Die Sicherungsübereignung und ihre römischrechtlichen Grundlagen in der Klassik – Betrachtungen des deutschen gemeinen Rechts des 19. Jahrhunderts, TR 69 (2001) 119 (insb 124 ff, 130 ff).

410 *Kohler,* Studien über Mentalreservation und Simulation, JherJB 16 (1878) 91 (140 ff). Zum Folgenden wieder ausführlich *Hromadka,* Faustpfandprinzip 155 ff.

411 *Kohler,* JherJB 16 (1878) 91 (142). Denn (aaO): »Überall sind hier die rechtlichen Folgen des Geschäfts, die rechtlichen Wirkungen des entsprechenden Rechtsverhältnisses gewollt.« Und (ebenfalls aaO): »Das Eigenthum bleibt Eigenthum, wenn es auch nur dazu dienen soll, eine Deckung für ein Forderungsrecht zu gewähren, wie bei der *fiducia cum creditore* …«.

Rechtsform angeordneten gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen. Dies hindere allerdings nicht die Anwendung bestimmter Gesetzesbestimmungen, die ein bestimmtes »ökonomisches Resultat zum Gegenstand ihrer Norm erheben, die Erreichung eines bestimmten ökonomischen Resultats selbst verbieten oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gestatten. Hier greift die einzelne Bestimmung durch, sie bindet sich nicht an die einzelne Rechtsform, sie ergreift vielmehr das Zweckbestreben, wo immer sie es findet, in welcher Rechtsform es sich birgt oder durch welchen Komplex von Rechtsgeschäften auch immer es sich hindurchzuschleichen versucht.« Und weiter: »Das Ganze ist daher eine Frage der Gesetzesauslegung«. Bezieht sich danach die zu einem bestimmten Rechtsgeschäft angeordnete Norm nicht nur auf diesen Typus, sondern »auf das Zweckbestreben, welches sich nur typisch in dem betreffenden Rechtsgeschäft ausprägt«,[412] ist dem weiterreichenden **Zweck der Norm** zum Durchbruch zu verhelfen. Dementsprechend fällt *Kohlers* Beurteilung des zu Sicherungszwecken abgeschlossenen Kaufs auf Wiederkauf aus: Das Gesetz schreibe für die Mobiliarpfandbestellung zur Sicherung des Kredits deren Publizität vor. Die »Publizitätsvorschrift bezieht sich allerdings ihrer ganzen Tendenz nach nicht auf die Rechtsform, sondern auf das Zweckbestreben«. Daher müsse der publizitätslosen Sicherung mittels Kauf auf Wiederkauf die rechtliche Wirkung versagt bleiben.[413] Das Abstellen auf die Gesetzesauslegung für die Beurteilung publizitätsloser Sicherungskonstruktionen wird von da an herrschend;[414] die auf dieser Grundlage erzielten Ergebnisse sind allerdings zunehmend geradezu gegenteilig.[415]

Hellwig exerziert *Kohlers* allgemeinen Ansatz in einem 1881 erschienenen umfangreicheren Beitrag speziell zur Sicherungsübereignung noch einmal mustergültig durch und arbeitet dabei den rechtsformübergreifenden Verbotszweck des Faustpfandprinzips deutlich heraus.[416] Die Eigentumsübertragung scheitert (trotz wirksamer *causa),* weil »für die Gültigkeit der Übertragung … selbst noch besondere Voraussetzungen erfordert sind. Der Mangel derselben beraubt das Übertragungsgeschäft unmittelbar des beabsichtigten Erfolgs«.[417]

412 Alle obigen Zitate aus *Kohler,* JherJB 16 (1878) 91 (144).

413 Siehe *Kohler,* JherJB 16 (1878) 91 (151 f; Zitat aus 152). AA *Theisen,* TR 69 (2001) 119 (131 f), der offenbar davon ausgeht, *Kohler* habe die (publizitätslose) Sicherungsübereignung generell gebilligt.

414 Nw bei *Hromadka,* Faustpfandprinzip 158 FN 131, darunter die in FN 415 Genannten. Für Österreich im vorliegenden Zusammenhang etwa *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 109 ff.

415 So bei *Linckelmann,* ArchBürgR 7 (1893) 209 (220 und ff); RGZ 26, 180 (183 f); vgl der Sache nach auch schon RGZ 13, 200 (204).

416 *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369; näher gewürdigt bei *Hromadka,* Faustpfandprinzip 160 f. *Hellwig* arbeitet dabei auch die Ursachen für die häufige Verwechslung zwischen Scheingeschäft und verdecktem Geschäft heraus: Bei beiden liege Simulation vor, beim verdeckten Geschäft beziehe sich diese allerdings nicht auf die juristische Form, sondern auf das wirtschaftliche Ziel (aaO 375 f).

417 So das abschließend formulierte Ergebnis, ausgesprochen für fiduziarische Übereignung ebenso wie für fiduziarische Zession bei *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (392); die genannten »beson-

b. *Rechtfertigung durch die letztendlich herrschende Auffassung in Deutschland*

Die für das deutsche Recht maßgebende Entwicklung geht jedoch in die entgegengesetzte Richtung: hin zur vollständigen Anerkennung der publizitätslosen Sicherungsübereignung. Auch wenn es letztlich, oft unausgesprochen, vor allem der wirtschaftliche Druck ist, der in diese Richtung drängt[418] – das Arsenal an Argumenten, das Lehre und Rechtsprechung zur Legitimation dieses Ergebnisses auffahren, ist durchaus vielfältig.

1. Eine erste Stütze liefert *Regelsberger,* indem er quasi en passant, als Zwischenschritt in der Untersuchung eines an sich anderen Themas, die Grundsteine einer allgemeinen **Treuhandlehre** legt.[419] Sein Ansatz dient, wie kurz zuvor jener *Kohlers,* der Abgrenzung zur Simulation. Dabei geht es *Regelsberger* um die nach seiner Beobachtung nicht seltenen Fälle, in denen von den Parteien »die Herbeiführung derjenigen Rechtsfolge gewollt [ist], worauf die äußere Erscheinung hinweist, aber in der Voraussetzung, dass derjenige, welchem dadurch eine gewisse rechtliche Macht geschaffen wird, seine Stellung nur zu einem bestimmten, nicht zu allen dadurch ermöglichten Zwecken ausnützen werde«. Als eines von vielen Beispielen, nicht mehr und nicht weniger, nennt er in diesem Zusammenhang die Übertragung von Eigentum zu Pfandzwecken.[420] Für diese Rechtserscheinung schlägt *Regelsberger,* dem römischen Vorbild folgend, die Bezeichnung »fiduziarisches Geschäft« vor. »Charakteristisch ist für dasselbe das Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichung eines bestimmten Erfolgs wird eine Rechtsform gewählt, welche mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolgs erforderlich ist«; und: »zur Sicherung des Gebrauchs wird die Möglichkeit des Mißbrauchs in den

---

deren Voraussetzungen« sind die nach den jeweiligen pfandrechtlichen Regelungen zu setzenden Publizitätsakte.

418 Vgl etwa *Linckelmann,* ArchBürgR 7 (1893) 209 (210 f); recht offen auch *Kohler,* Bemerkungen zum vorigen Aufsatz (jenem *Linckelmanns,* Anm), ArchBürgR 7 (1893) 234, der, weil Missstand gegen Missstand stehe und die durch das starre Faustpfandprinzip hervorgerufenen Nachteile »vielleicht gar überwiegen«, seinen vormaligen Widerstand aufgibt (234 f). Siehe im Übrigen unten Abschnitt 4. dieses Kapitels und für Näheres wieder allgemein *Hromadka,* Faustpfandprinzip 162 ff.

419 Siehe *Regelsberger,* Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession – I. Die Geltendmachung der rechtlichen Mängel des Cessionsvorgangs durch den Schuldner, AcP 63 (1880) 157 (170 ff). Die Entwicklung der hier interessierenden allgemeinen *fiducia*-Lehre nimmt dabei kaum fünf Seiten ein. Primäres Untersuchungsziel ist die Klärung der Frage, ob der Schuldner befugt sei, der Forderung des Zessionars mit der Behauptung zu begegnen, die Zession beruhe auf Simulation. – Eingehend hierzu *S. Hofer,* Treuhandtheorien in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in *Helmholz/Zimmermann* (Hrsg), Itinera Fiduciae (1998) 389 (390 ff, 403 ff), insbesondere auch zu den Vorbildern für *Regelsbergers* Theoriebildung.

420 *Regelsberger,* AcP 63 (1880) 157 (172, dort auch die wörtlich zitierte Passage).

Kauf genommen«. Simulation liegt nicht vor, da Wille und Erklärung in Einklang stehen.[421] Soweit der Kern von *Regelsbergers* grundlegendem Ansatz, der binnen kurzem allenthalben aufgegriffen wird.[422] Damit ist insbesondere die Basis für die mittelfristige Anerkennung der Sicherungsabrede als Rechtsgrund für die sicherungsweise vorgenommene Übereignung[423] bereitet.

Regelsberger setzt allerdings noch einen zweiten Schritt, der inhaltlich zwar weit weniger überzeugt, der aber in der Phase allmählicher Anerkennung der publizitätslosen Sicherungsübereignung wohl nicht unerhebliche Schützenhilfe zu leisten imstande war: Er stellt nämlich seiner Kategorie der fiduziarischen Geschäfte jene der »rechtsgeschäftlichen Schleichwege« gegenüber. Beide treten in Gegensatz zur Simulation. Der hier maßgebliche Punkt besteht freilich darin, dass das fiduziarische Geschäft nach *Regelsberger* gleichsam definitorisch einem erlaubten Zweck dient, der Schleichweg hingegen zur Umgehung des Gesetzes. (Nur) zu letzterer Kategorie hält er fest, es sei eine Frage für sich, ob jede Umgehung des Gesetzes die Nichtigkeit des Umgehungsgeschäfts zur Folge habe.[424] Dass diese Distinktion nicht überzeugt, dass die beiden Fragen nach der Zweck-Mittel-Relation einerseits und der Erlaubtheit/Unerlaubtheit andererseits schlichtweg zwei verschiedene Ebenen betreffen und nicht notwendig korrelieren, hat bereits *Hromadka* aufgezeigt.[425] Doch wird ein Beitrag, der fiduziarische Geschäfte gleichsam a priori aus der Umgehungsproblematik ausnimmt, welche die Diskussion um die publizitätslose Sicherungsübereignung nun zunehmend beherrscht,[426] aus Sicht der Befürworter umso willkommener gewesen sein. Dabei hat sich *Regelsberger* zum eigentlichen Umgehungs-Problem bei der Sicherungsübereignung, ob nämlich die Vornahme einer solchen mittels Besitzkonstituts als Umgehung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften zu qualifizieren sei, gar nicht geäußert.[427] Er macht sich insofern also auch nicht angreifbar.

---

421 Siehe jeweils *Regelsberger,* AcP 63 (1880) 157 (173). Auf *Kohlers* Ausführungen in JherJB 16 (1878) 91 nimmt *Regelsberger* mehrfach Bezug. Die Bezeichnung »fiduziarisches Geschäft« erscheint ihm als angemessenere Alternative gegenüber *Kohlers* »verdecktem Geschäft« *(Regelsberger* aaO 173 FN 7).

422 Überblick zur frühen Rezeptionsgeschichte des *fiducia*-Konzepts *Regelsbergers* in der deutschen Lehre und Rechtsprechung bei *Coing,* Treuhand 37 ff; aus jüngerer Zeit *Löhnig,* Treuhand – Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte (2006) 23 ff; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 100 ff mwN; mit Bezugnahme auf die Entwicklung im österreichischen Recht *M. Gruber,* Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001) 1 ff.

423 Hierzu etwa *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I: Der einfache Eigentumsvorbehalt (1963) 55 ff; *Heinze* in *Staudinger* (Begr), BGB (2020) Anh zu §§ 929 ff Rn 2, 10 f mwN.

424 *Regelsberger,* AcP 63 (1880) 157 (173 f).

425 Siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip 157 f; vgl auch *Otten,* Entwicklung der Treuhand 181.

426 Vgl zB RGZ 13, 200 (203 f); RGZ 26, 180 (184 f); *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (377 ff); *Leist,* Sicherung von Forderungen 88 ff; *Linckelmann,* ArchBürgR 7 (1893) 209 (222 ff).

427 *Hellwig* hingegen hat klar gesehen, dass fiduziarische Eigentumsübertragung und durch ihren Normzweck erfordertes Durchschlagen pfandrechtlicher Publizitätserfordernisse einan-

2. Als zweites Hauptargument für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung – insbesondere in der Spielart der Sicherungskaufgeschäfte – fungiert das **Abstraktionsprinzip.** Es ist vor allem die Rechtsprechung, die diesen Aspekt ursprünglich ins Treffen führt. Er »rettet« die Übereignung auch dann, wenn das schuldrechtliche Grundgeschäft insbesondere wegen Simulation als unwirksam zu beurteilen sein sollte.[428] Dass auch das Abstraktionsprinzip bei richtiger Betrachtung nicht verhindern kann, dass pfandrechtliche Publizitätsvorschriften gegebenenfalls auf die Wirksamkeit der Übertragung durchschlagen müssen, sofern ihnen ein derart allgemeiner Regelungszweck zukommt,[429] wird in diesen Entscheidungen freilich nicht angesprochen. Auch bei den Beratungen zum BGB wird nicht erkannt, dass es hier wiederum um zwei verschiedene Ebenen geht: Das Abstraktionsprinzip betrifft die Unabhängigkeit vom schuldrechtlichen Grundgeschäft; eine Publizitätsvorschrift kann zusätzlich gelten oder auch nicht, je nachdem, ob damit verbundene Schutzziele (zB Schutz der Gläubiger vor Täuschung über die Kreditfähigkeit des Schuldners) verfolgt werden. Auch bei Geltung des Kausalprinzips könnte ein Publizitätserfordernis zusätzlich bestehen oder auch nicht. Die zweite Kommission lehnt hingegen einen Antrag, der für Übereignungen zum Zweck der Sicherung einer Forderung das Besitzkonstitut als tauglichen Modus ausschließen möchte, unter anderem mit folgender Begründung ab: »Die vorgeschlagene Vorschrift würde sich als eine rein positive Ausnahme von dem aus gewichtigen Gründen angenommenen Grundsatze der Unabhängigkeit der Eigenthumsübertragung von ihrem Rechtsgrunde darstellen. Nur ein dringendes praktisches Bedürfnis könnte eine derartige Ausnahme rechtfertigen; ein solches liege aber nicht vor.«[430]

3. Zum Dritten bemüht man sich um den Nachweis, dass bei Vereinbarung einer Sicherungsübereignung mittels *constitutum possessorium* (bzw einem entsprechenden Sicherungskaufgeschäft) eine **Gesetzesumgehung**, konkret eine Umgehung pfandrechtlicher Publizitätsbestimmungen, nicht vorliege. Dieser Aspekt bildet zunehmend den Schwerpunkt der Auseinandersetzung; und zwar grundsätzlich mit Recht, vermag er doch wie angedeutet auch dann durchzuschlagen, wenn Titel- und Verfügungsgeschäft im Übrigen keinerlei Mängel aufweisen. Im Kern geht es hier um die bereits von *Kohler* zugespitzte Frage, ob sich die betref-

---

der nicht ausschließen, sondern Letzteres bei Ersterem vielmehr geboten sein kann; vgl *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (379 f zur *fiducia* und 380 ff zur Umgehung).

428 Besonders deutlich etwa OLG Hamburg 25.11.1885, SeuffArch 41 (1886) 134 (Nr 86); vgl auch OLG Rostock 25.5.1883, SeuffArch 41 (1886) 132 (Nr 85), bestätigt durch RGZ 13, 200 (202). Großen Stellenwert für den Erfolg der Sicherungsübereignung hat dieser Ansatz bei *Coing,* Treuhand 30 f.

429 Richtig gesehen von *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (379 ff).

430 Protokolle III 3689 = *Mugdan* III 626.

fende Norm von vornherein nur auf den bestimmten Typus »Pfandrecht« bezieht, oder Ausdruck eines weiterreichenden Zweckbestrebens ist, das vom Gesetz lediglich für das Pfandrecht als typische Ausprägungsform eines Mobiliarsicherungsrechts ausdrücklich angeordnet worden ist.[431] Ersteres versucht beispielsweise die zweite Kommission zu suggerieren, indem sie angeblich bestehende fundamentale **Unterschiede** zwischen Mobiliarhypothek und Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut ins Treffen führt. Wesentlich scheint ihr dabei zu sein, dass das Sicherungseigentum »die besonders bedenkliche Begründung konkurrierender Rechte für mehrere Gläubiger nicht zulasse«.[432] Eine solche Argumentation ist natürlich mehrfach angreifbar. Soweit es dem Gesetzgeber etwa um das Vermeiden verwickelter Prioritätskonflikte geht, die mit Mehrfachbelastungen einhergehen können, stellt sich das Problem bei der Sicherungsübereignung in ganz ähnlicher, ja sogar verschärfter Weise: erhält doch jener Gläubiger, der als erster alle Übereignungsvoraussetzungen erfüllt, das Vollrecht unter gleichzeitigem vollständigem Ausschluss aller späteren. Diese können erst nachrücken, wenn der erste vollständig befriedigt ist.[433] Eine Mehrfachbesicherung gibt es also auch hier; sie ist lediglich durch zeitliches Aufeinanderfolgen, nicht durch gleichzeitiges Nebeneinander bei rangmäßiger Abstufung gekennzeichnet. Dass Letzteres signifikant »bedenklicher« wäre als Ersteres, leuchtet nicht ein. Dann fragt sich zweitens aber auch ganz grundsätzlich, worin die Relevanz des geltend gemachten Gesichtspunkts für die Zulässigkeit einer publizitätslosen Mobiliarsicherungsform letztlich liegen soll. Schon der erste Gläubiger erwirbt ja in beiden Fällen ohne jegliche äußere Kundgabe; bei allenfalls nachfolgenden ist dies nicht anders. Andere substanzielle und für die Diskussion um einen Verzicht auf Publizität relevante Unterschiede werden in der Diskussion soweit ersichtlich nicht vorgebracht.

Die Verneinung einer Gesetzesumgehung versucht man daneben mit einem auf den ersten Blick bestechenden methodischen Ansatz abzusichern: mit der These, dass nur **bestimmte Normtypen** sich überhaupt zur Umgehung eignen,

---

431 Vgl *Kohler,* JherJB 16 (1878) 91 (144). – Gegner der publizitätslosen Sicherungsübereignung schlagen zur Vermeidung diesbezüglicher Zweifel zT eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vor, nach der »alle Geschäfte, durch welche einem Gläubiger zum Zwecke der Sicherung einer ihm zustehenden Forderung ein dingliches Recht an einer beweglichen Sache vorbehalten oder übertragen wird, nach den Regeln des Faustpfandrechtes zu behandeln« sind; so *Cosack,* Sachenrecht 14 f. Sie setzen sich nicht durch.

432 Protokolle III 3689 = *Mugdan* III 626 f. – Die erste Kommission war in einer kurzen Äußerung an etwas versteckter Stelle (zur Verjährung des gesicherten Anspruchs) noch davon ausgegangen, dass es keinen Unterschied machen könne, ob eine Forderung durch ein Pfandrecht oder durch Übertragung des Eigentumsrechts sichergestellt wird; wirtschaftlich stünden sich beide Fälle im Wesentlichen gleich. Siehe Motive I 345 = *Mugdan,* Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil (1899) 542.

433 Der Sache nach ebenso *Hromadka,* Faustpfandprinzip 180.

und dass sämtliche infrage kommenden Faustpfand-Bestimmungen des bürgerlichen und des Konkursrechts eben diesen Typen nicht zugehören. Als paradigmatisch kann folgende Argumentation des Reichsgerichts in einer seiner zentralen Entscheidungen zur Anerkennung der publizitätslosen Sicherungsübereignung gelten: »[V]on einer *Umgehung* kann man überhaupt nur in Beziehung auf verbietende oder gebietende Gesetze, d.h. auf solche Gesetze, welche eine Unterlassung oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Handlung vorschreiben, sprechen; solche Gesetze sind aber die hier in Rede stehenden nicht, am wenigsten die Konkursordnung. Diese *verbietet* nicht etwa, Verpfändungen beweglicher Sachen ohne Übertragung des körperlichen Gewahrsams vorzunehmen; … sondern sie kennt nur kein Absonderungsrecht …«. Aber auch wenn eine weitere im Ausgangsfall maßgebende Bestimmung[434] vorsehe, »daß außer auf jene Weise überhaupt kein Pfandrecht an einer beweglichen Sache *bestellt* werden könne, so ist auch hier von einem besonderen *Verbote* keine Spur zu erblicken, sondern es wird einfach ein allgemeiner Satz über die Voraussetzungen der Entstehung von Pfandrechten aufgestellt«.[435] Die zweite Kommission zur Ausarbeitung des BGB schließt sich dem ausdrücklich an.[436] In der Terminologie leicht unterschiedlich, in der Sache im Wesentlichen ähnlich, wird dieser Ansatz später von *Linckelmann* vertieft.[437] Er hat sich allem Anschein nach auch einige Zeit gehalten.[438] Allein, er vermag zumindest retrospektiv nicht recht zu befriedigen. Angesichts der weitgehenden Möglichkeiten zur Berücksichtigung des Normzwecks im Rahmen von Auslegung und Analogie hat die Figur der Gesetzesumgehung ihr Feld im Zivilrecht im Wesentlichen räumen müssen; eine eigenständige Funktion wird ihr heute verbreitet abgesprochen.[439] Dies lenkt den Blick zutreffend weg von der Form[440] und hin zum

---

434 Im Fall von RGZ 26, 180 war dies § 4 des Hamburger Ausführungsgesetzes zur Konkursordnung. Die zuvor in Bezug genommene Regelung der Konkursordnung ist § 40 RKO 1877 (hierzu oben II.B.1.b.(ii.) unter 2.).

435 Beide Zitate aus RGZ 26, 180 (184 f).

436 Protokolle III 3689 = *Mugdan* III 627.

437 Siehe *Linckelmann,* ArchBürgR 7 (1893) 209 (216 ff): Der Nachweis, dass das »Verbot der Mobiliarhypothek« kein »Verbotsgesetz« und daher einer Umgehung nicht zugänglich sei, wird *Linckelmanns* Hauptargument.

438 In diesem Sinne gegen Annahme einer Gesetzesumgehung bei der Sicherungsübereignung nach Inkrafttreten des BGB zB *Salinger,* Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung? in Verhandlungen des 31. DJT I (1912) 407 (427 ff), seines Zeichens ein erklärter Gegner der Sicherungsübereignung.

439 Vgl *W. Flume,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft[4] (1992) 350 f (§ 17, 5); diesem folgend *Medicus/Petersen,* Allgemeiner Teil des BGB[11] (2016) 289 (Rn 660); *Hefermehl* in *Soergel* (Begr), BGB II[13] (1999) § 134 Rn 37; ausführlich *Teichmann,* Die Gesetzesumgehung (1962) (insb 78 ff zur Analogie, zusammenfassend 105 f).

440 Ob eine Norm im Gewand eines Verbots oder Gebots bzw als »berechtigender Rechtssatz« auftritt, wie ihn *Linckelmann* in Anschluss an *Windscheid* dem Verbotsgesetz gegenüberstellt (vgl *Linckelmann,* ArchBürgR 7 [1893] 209 [216 f]; *Windscheid* hier zitiert nach der späteren Auflage *Windscheid/Kipp,* Pandekten I[9] 116 ff [§ 27]), ist zu einem guten Teil bloß eine Frage der Rege-

Zweck der Norm, der letztlich über den Anwendungsbereich des darin verankerten Rechtsgedankens entscheiden muss. Auch wo kein völliger Funktionsverlust der Gesetzesumgehung postuliert wird, begegnet eine kategorische Eingrenzung auf »Verbotsgesetze« heute idR nicht mehr; dem Umgehungsverbot unterliegen gleichermaßen auch andere zwingende (oder halbzwingende) Normen, die einen bestimmten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg unterbinden wollen.[441]

Der Fokus auf den Normzweck leitet über zum mE stärksten Argument der zunehmend herrschenden Auffassung im Rahmen des Umgehungs-Ansatzes: Versucht man die Unwirksamkeit der publizitätslosen Sicherungsübereignung aus dem quasi rechtsformübergreifenden Normzweck pfandrechtlicher Vorschriften abzuleiten, ist zunächst einmal der **Nachweis eines derart weitgehenden Gesetzeszwecks** zu liefern. Dabei ist erstens an einer konkreten Rechtsvorschrift anzuknüpfen – und derer gab es vor Inkrafttreten des BGB in Deutschland für das Faustpfandprinzip viele, zivilrechtliche ebenso wie § 40 RKO 1877 und hierzu ergangene Ausführungsgesetze verschiedener Länder – und zweitens ist im Rahmen der Gesetzesauslegung ganz wesentlich der Wille des jeweiligen Gesetzgebers zu berücksichtigen. Und die Umstände einer solchen Willensbildung können, auch wenn die Stoßrichtung für den Bereich des Pfandrechts selbst grundsätzlich klar ist, sehr unterschiedliche sein. *Linckelmann,* der die Umgehungs-These bekämpft, hält insoweit völlig zurecht fest: »Ob sich in den Materialien einzelner Gesetze entgegengesetzte Anschauungen aufdecken lassen, ist bislang von keiner Seite klargestellt.«[442] Er lässt auch gleich ein Beispiel folgen, in dem »Scheinverkäufe …, die man doch nicht hindern könne«, in den legislativen Beratungen zu einem Hannoveraner Pfandrechtsgesetz aus 1864 vorausgesehen werden, was natürlich Zweifel an der Reichweite des gesetzgeberischen Geltungswillens nährt.[443] Ganz ähnlich das Reichsgericht zu § 3 der Mecklenburger Ausführungsverordnung zur RKO, dem zufolge Entstehen und Bestehen eines Pfandrechts an beweglicher Sache die Gewahrsamsübertragung voraussetzt: Dass der Gesetzgeber über den Wortlaut der Verordnung hinaus auch die durch bloßes Konstitut vorgenommene Übertragung

---

lungstechnik. Man kann zur Verwirklichung ein und desselben Ziels ohne weiteres sagen: »Die Verpfändung einer beweglichen Sache ohne Übergabe ist unzulässig/verboten« (was als »Verbotsgesetz« auch dem RG und *Linckelmann* genügen müsste). Demselben Normzweck kann eine Regelung dienen, vermöge derer ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache nur durch eine solche Verpfändung bestellt werden kann, welche nach den Vorschriften der Konkursordnung ein Absonderungsrecht gewährt (also mittels Übergabe; so sinngemäß der in RGZ 26, 180 referierte § 4 des Hamburger Ausführungsgesetzes zur Konkursordnung), usw.

441 So bei *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[12] (2020) 551 (§ 45 Rn 26). Ganz ähnlich für Österreich übrigens bereits *Wellspacher,* Sicherungsübereignung und Konkursordnung, GZ 1918, 49 (52 f) mwN.

442 *Linckelmann,* ArchBürgR 7 (1893) 209 (226).

443 *Linckelmann* aaO unter Bezugnahme auf die Verhandlungsprotokolle zum hannoverschen Gesetz vom 14.12.1864 über das Pfandrecht und die Befriedigung der Gläubiger im Konkurse.

von Eigentum zu Sicherungszwecken zu verhindern beabsichtigt habe, sei »nicht anzunehmen. Wäre dies beabsichtigt gewesen, so würde dies ohne Zweifel in der Verordnung zum Ausdrucke gebracht worden sein, zumal da die Sicherstellung von Gläubigern durch Eigentumsübertragung gerade in Mecklenburg im Verkehre üblich und von der Rechtsprechung anerkannt war«. Daher könne auch eine Umgehung der genannten Bestimmung nicht vorliegen.[444]

Auf dieser Ebene ergibt sich letztlich ein sehr deutliches Argument gegen den Umgehungsansatz **im BGB** selbst: Die zweite Kommission ist sich ausweislich der Protokolle des Problems einer Sicherungsübereignung durch bloßes Besitzkonstitut vollauf bewusst. Im Zuge der Beratungen liegt ihr ein Antrag vor, das Besitzkonstitut als Übertragungsform bei Sicherungsübereignungen ausdrücklich auszuschließen. Dieser Antrag wird nach offensichtlich ausgiebiger Beratung abgelehnt.[445] Damit hat die Gesetzgebungskommission die publizitätslose Sicherungsübereignung bewusst toleriert[446] und zugleich ihren Willen dokumentiert, den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften des BGB – zumindest in Bezug auf die Sicherung durch Eigentumsübertragung – keinen breiten, rechtsformübergreifenden Anwendungsbereich beizumessen. Dass die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser Entscheidung bewogen haben, kaum überzeugen,[447] spielt hier keine Rolle. Aber eine Norm, die – jedenfalls nach dem Willen ihrer Verfasser – im fraglichen Bereich selbst gar nicht gelten will, kann man in diesem Bereich schwerlich umgehen.

Schließlich sei aber auch auf ein kaum diskutiertes Problem des Umgehungs-Ansatzes selbst aufmerksam gemacht: Qualifiziert man die publizitätslos vorgenommene Sicherungsübereignung als Gesetzesumgehung, wie ursprünglich *Kohler* und *Hellwig* dies getan haben, worin genau hat dann die **Rechtsfolge** zu be-

---

444 RGZ 13, 200 (204). Teilweise ähnlich die erste E des Reichsgerichts zur Beurteilung einer publizitätslosen Sicherungsübereignung unter Geltung des BGB, RGZ 59, 146 (148): Dass eine dingliche Kreditsicherung mit Fahrnis nur im Wege der Verpfändung gemäß § 1205 BGB solle erfolgen dürfen, sei nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht geboten, weshalb auch eine Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstituts anzuerkennen sei und eine Gesetzesumgehung nicht vorliege.

445 Konkret war beantragt, der Bestimmung über das Besitzkonstitut bei der Fahrnisübereignung (§ 874a, heute § 930 BGB) folgenden Abs 2 anzufügen: »Diese Vorschrift (Ersatz der körperlichen Übergabe durch *const. poss.)* findet keine Anwendung, wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll.« Siehe Protokolle II 3687 ff = *Mugdan* III 626 f. Der erwähnte Antrag stammt vom Mitglied der 2. Kommission *Achilles,* vgl *Jakobs/Schubert* (Hrsg), Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I: §§ 854–1017 (1985) 594.

446 Vgl auch *Gaul,* Lex commissoria und Sicherungsübereignung, AcP 168 (1968) 351 (357 ff); *Hromadka,* Faustpfandprinzip 175 f; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 114 ff; vgl jüngst ferner *Klinck,* Sicherungseigentum als Mobiliarhypothek, AcP 221 (2021) 447 (457 ff).

447 Vgl oben Abschnitte 2. (bei FN 430) und 3. (bei FN 432) sowie unten Abschnitte 4. (bei FN 455) und 5.

stehen? Die beiden Autoren machen dies im vorliegenden Zusammenhang nicht wirklich deutlich. Klar ist so viel, dass der Normzweck der Faustpfandvorschriften letztlich durchschlägt und die Übereignung unwirksam ist; aber warum genau? *Kohler* selbst äußert sich nur kurz und grundsätzlich, trifft den mE vorzugswürdigen Kern jedoch am besten: Es »greift die einzelne Bestimmung durch«, sofern ihr Geltungszweck ein über die einzelne Rechtsform hinausgehender ist; konkret beziehe sich »die Publizitätsvorschrift ... nicht auf die Rechtsform, sondern auf das Zweckbestreben«.[448] Das entspricht der heute für das österreichische Recht anerkannten Lösung, der analogen Anwendung der zwingenden Pfandbestellungsregeln der §§ 451 f ABGB auf die Sicherungsübereignung.[449] Weniger klar in dieser Hinsicht ist die ausführlichere Untersuchung von *Hellwig.* In seiner insoweit wohl zentralen Passage spricht er davon, dass bei Fehlen der »besonderen Voraussetzung« der Gewahrsamsübertragung »das Uebertragungsgeschäft unmittelbar des beabsichtigten Erfolges« beraubt sei,[450] womit durchaus dasselbe gemeint sein kann wie nach hiesigem Verständnis bei *Kohler,* nämlich: keine Auswirkung auf die Wirksamkeit von Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft, sondern Durchschlagen der pfandrechtlichen Publizitätsvorschrift (die eine selbständige Wirksamkeitsvoraussetzung bildet) mit der Wirkung, dass ohne ihre Beachtung sachenrechtlich kein Eigentum übergeht. An anderen Stellen entsteht bei *Hellwig* jedoch der Eindruck, er nehme bei Vereinbarung eines Besitzkonstituts als Folge der Umgehung die Unwirksamkeit bzw Nichtigkeit eines der beiden Rechtsgeschäfte (Verpflichtung bzw Verfügung) an;[451] bei späteren Autoren begegnet Ähnliches.[452] Damit wiederholt sich beim Umgehungs-Ansatz ein Fehler, der schon der vormaligen Verortung der Problematik beim Scheingeschäft innegewohnt hat: Der Publizitätsaspekt schlägt vermeintlich auf eine rechtsgeschäftliche Ebene

---

448 *Kohler,* JherJB 16 (1878) 91 (144 bzw 152).

449 Statt vieler *Welser/Kletečka,* Grundriss I[15] 452 (Rz 1298) mwN. Näher hierzu unten III.B.1. unter 5.

450 *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (392).

451 So bei *Hellwig,* AcP 64 (1881) 369 (391) zur Pfandbestellung: Nichtbeobachtung der Übergabevoraussetzung habe zur Folge, dass »das auf Bestellung des Pfandrechts hinzielende *Rechtsgeschäft* insofern *nichtig* ist, als das Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt« (Hervorhebungen hinzugefügt). Vgl auch aaO 383: Seiner Auffassung nach sei in einem gerichtlich anders entschiedenen Fall (RGZ 2, 168) »der obige Vertrag« (ein Sicherungskaufgeschäft) wegen der »in ihm liegenden *fraus legis* nichtig«. – UU ist auch *Hellwigs* mehrfache Bezugnahme auf die »Ungültigkeit« bzw »Nichtigkeit der Eigentumsübertragung« (vgl etwa aaO 389, 392) in diesem Sinne zu verstehen, falls er hier nicht bloß das Ergebnis (Rechtsübergang), sondern dessen Voraussetzungen (Willenseinigung und Besitzübertragung) meinen sollte. Letzteres ist durchaus denkbar, wurden doch über längere Zeit dingliche Einigung und Übergabe als untrennbares Ganzes angesehen. Einflussreich für diese »Einheitstheorie« war *Windscheid,* vgl dessen Lehrbuch des Pandektenrechts I[1] (1862) 432 f (§ 171): Besitzübergabe als Form des Eigentumsübertragungsvertrags.

452 So bei *Leist,* Sicherung von Forderungen 88 (»Nichtigkeit aller Rechtsgeschäfte *in fraudem legis* ...«).

durch. Dass dem so nicht sein kann, zeigt der Blick auf den Ausgangspunkt der Überlegung, auf das Pfandrecht: Auch hier bewirkt das Unterbleiben einer körperlichen Übergabe ja nicht die Unwirksamkeit irgendwelcher Rechtsgeschäfte; es fehlt schlicht an einer weiteren Voraussetzung der Rechtsentstehung. Für die weitere Rechtsentwicklung in Deutschland ist diese Vernebelung praktisch unschädlich. Die Gegner der publizitätslosen Sicherungsübereignung setzen sich nicht durch, der Umgehungsansatz wird nicht weiter benötigt. Für andere europäische Rechtsordnungen, die sich mit derartigen Geschäften bald ebenso konfrontiert sehen, wird eine klare Beurteilung durch derartige Unsicherheiten jedoch zusätzlich erschwert.[453]

4. Eine vierte Gruppe von Argumenten lehnt sich quasi am Umgehungs-Thema an und versucht, die damit oft verbundenen negativen Wertungsimplikationen zu neutralisieren. Letztendlich geht es darum, um **Verständnis für** das tatsächlich gegebene **wirtschaftliche Bedürfnis** nach einer Mobiliarsicherungsform zu werben, die es dem Sicherungsgeber ermöglicht, das Sicherungsobjekt weiterhin in seiner Gewahrsame zu halten und zu nutzen. So betont etwa das OLG Hamburg in einem Urteil aus 1885, die Absicht des Gläubiger-Käufers bei einem mittels Konstitut vollzogenen Sicherungskaufgeschäft sei »eine völlig legitime«, gerade weil »[h]ier, wo der Schuldner selbst Gewahrsam und Gebrauch der Sachen behalten sollte, … ein Verpfändungsvertrag ein gänzlich ungeeignetes Mittel zur Sicherstellung der klägerischen Forderung gewesen« wäre.[454] Offener kann man es fast nicht formulieren. Die Väter des BGB pflichten bei: »Es handle sich bei den hier fraglichen Uebereignungen keineswegs überwiegend um illegitime Geschäfte. Vielmehr diene diese Rechtsform sehr häufig zur Befriedigung des Kreditbedürfnisses der kleinen Leute, welche dem Gläubiger allein mit ihrer beweglichen Habe Sicherheit zu gewähren im Stande seien, aber den fortdauernden Besitz und Gebrauch derselben nicht entbehren und deshalb dem Gläubiger ihre Sachen nicht als Faustpfand übergeben könnten.«[455] Konsequenterweise hätte man bei diesem Ansatz das Faustpfandprinzip grundsätzlich hinterfragen, ja eigentlich in einem über Bord werfen müssen.

5. Der Gesetzgeber verantwortet noch weitere Widersprüchlichkeiten: Ganz offen desavouiert die zweite Kommission mit Blick auf die Sicherungsübereignung jene Ratio des Faustpfandprinzips, die in der jüngsten Entwicklung als dessen

453 Das Risiko realisiert sich beispielsweise in dem im Übrigen äußerst umsichtigen Beitrag von *Klang,* Exszindierungstypen, Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (276), vgl unten III.B.1. unter 2. bei FN 765.

454 OLG Hamburg 25.11.1885, SeuffArch 41 (1886) 134 (Nr 86).

455 Protokolle III 3690 = *Mugdan* III 627.

Hauptzweck hervorgetreten ist: den **Schutz künftiger ungesicherter Drittgläubiger.**[456] Zu jener im Lauf der Beratungen beantragten, jedoch mehrheitlich abgelehnten Bestimmung, die im Fall der Sicherungsübereignung den Ersatz der körperlichen Übergabe durch Besitzkonstitut ausschließen wollte,[457] offenbaren die Protokolle: Die Notwendigkeit dieser Regelung lasse sich auch daraus nicht herleiten, »daß durch die Belassung des Besitzes bei dem Veräußerer andere Gläubiger desselben über seine Kreditfähigkeit getäuscht werden könnten, denn die Gläubiger seien ganz im Allgemeinen nicht berechtigt, sich darauf zu verlassen, daß alle im Besitze des Schuldners befindlichen Sachen diesem auch gehörten«.[458] Es geht mir an dieser Stelle nicht um die inhaltliche Richtigkeit dieses Satzes. Keinesfalls sachlich zu rechtfertigen ist allerdings die sehr selektive Verwertung dieser Erkenntnis. Eine Erklärung wird wohl zweierlei berücksichtigen müssen: Zum einen den durch wirtschaftlichen Druck motivierten Willen, die publizitätslose Sicherungsübereignung auf jeden Fall »durchzuwinken«. Zum anderen hat sich auch an anderer Stelle – zum Pfandrecht! – gezeigt, dass die zweite Kommission über die Frage der Schutzwürdigkeit künftiger ungesicherter Gläubiger in der Tat gespalten war.[459] Gerechtfertigt wird die Differenzierung natürlich auch dadurch nicht.

Am Resultat rüttelt freilich nichts mehr: Bei Gesetzwerdung des BGB gehört die publizitätslose Sicherungsübereignung praktisch schon zum gefestigten Rechtsbestand: Der Gesetzgeber hat sie durch Ablehnung des erwähnten Antrags ausdrücklich gebilligt.[460] Rechtswissenschaft und Reichsgericht bestätigen das Ergebnis bei nächster Gelegenheit.[461]

---

456 Vgl oben II.B.1.b.(ii.).

457 Oben Abschnitt 3. bei FN 445.

458 Protokolle III 3689 f = *Mugdan* III 627. Berechtigte Kritik für diese Inkonsistenz bei *Hromadka,* Faustpfandprinzip 180.

459 Siehe oben II.B.1.b.(ii.) bei FN 300, 301 zur Diskussion um die Verpfändung durch »Mitverschluss«.

460 Protokolle III 3687 ff = *Mugdan* III 626 f. Vgl zuvor schon Motive III 337 f = *Mugdan* III 187 f, wo die Frage in breiterem Kontext unter dem Stichwort der »bedingten Eigentumstradition« diskutiert wird (und solche Geschäfte für zulässig erachtet werden). Kritisch hierzu bereits *Wernick* in *Adams/Wilke* et al, Gutachten aus dem Anwaltstande V 376 (382) mit dem Hinweis, die von den Motiven gegebene Begründung für die Zulässigkeit der Übereignung unter der Bedingung, dass diese nämlich »praktischen Interessen diene, deren Beachtung von überwiegender Bedeutung sei«, hätte ebenso und in weit höherem Ausmaß für die Zulässigkeit der Pfandbestellung mittels Besitzkonstituts sprechen müssen.

461 So in der ersten großen Kommentierung zum BGB bei *Greiff* in *Planck* (Hrsg), BGB III[1&2] (1902) § 930 Rn 4; das Reichsgericht folgt mit einem Urteil vom 8.11.1904, RGZ 59, 146. Obiter (der Sachverhalt war noch nach altem Recht zu beurteilen) bereits RG 11.3.1904, RGZ 57, 175 (177) unter Berufung auf § 223 Abs 2 aF BGB (nunmehr § 216 Abs 2 BGB).

c. *Ausstrahlungswirkung*

Die obige Diskussion dogmengeschichtlich wesentlicher Gesichtspunkte für die Anerkennung der publizitätslosen Sicherungsübereignung verfolgt nicht den Zweck, längst gefestigte Entwicklungen im deutschen Recht als verfehlt zu entlarven und zu revidieren. »Verfehlt« ist – je nach rechtspolitischem Standpunkt – ja gar nicht unbedingt das Zulassen einer Sicherungsübereignung durch Konstitut, sondern womöglich umgekehrt das Festhalten am Erfordernis der Gewahrsamsübertragung im Pfandrecht (oder das Ausblenden alternativer Lösungen). Für das deutsche Recht ist die Grundsatzentscheidung mit Inkrafttreten des BGB und dem Fortschreiben der Judikatur des Reichsgerichts im Wesentlichen erledigt. Ob die dafür geltend gemachten Gründe restlos überzeugen oder nicht, spielt praktisch keine Rolle mehr. Die Kritik in der Wissenschaft blüht in den Folgejahren noch einmal auf und reißt letztlich nie ganz ab.[462] Aus Sicht der Praxis allerdings kann (und muss) man sich Folgefragen zuwenden.[463]

Das Anerkennen des einen bei gleichzeitigem Festhalten am anderen wird aber uU für jene ein Problem, die diese Auseinandersetzung um die Grundsatzentscheidung noch vor sich haben: für andere europäische Rechtsordnungen, die ebenfalls traditionell dem Faustpfandprinzip folgen, und die sich nun in der Praxis ebenso mit publizitätslosen Sicherungskaufgeschäften bzw reinen Sicherungsübereignungen konfrontiert sehen. Natürlich blickt man nach Deutschland, natürlich orientiert man sich an den dort vorgebrachten Argumenten, um sie im Licht der eigenen Rechtsordnung zu prüfen und sie einer Entscheidung – in welche Richtung auch immer – zugrunde zu legen. Diese Orientierung ist allerdings nicht immer eine glückliche. Der hiesige letzte Abschnitt des Kapitels zur Entwicklung der Sicherungsübereignung geht daher jenen Aspekten in der deutschen Diskussion nach, die die **Rezeption** der Sicherungsübereignung bzw deren überzeugende Eingliederung in das Gesamtsystem der Mobiliarsicherungsrechte **in anderen Staaten potentiell erschweren**, ja ihr zum Teil bis heute oder heute wieder entgegenstehen.[464] Dabei wird deutlich, dass sich viele der oben referierten, im

462 Hinweise hierzu unten IV.A.2.a.

463 Zu diesen einführend *Coing,* Treuhand 40 ff; er nennt in erster Linie die Beurteilung des Treuguts im Konkurs des Treuhänders (bzw bei Zwangsvollstreckung eines Gläubigers desselben in das Treugut) und die Abgrenzung des Treuhandverhältnisses von der indirekten Stellvertretung. Später treten Fragen wie jene der Besicherung von Sachgesamtheiten oder der Anwendung des Verbots der *lex commissoria* hinzu; vgl etwa die instruktive Bestandsaufnahme bei *Oertmann,* In welcher Form soll die Sicherungsübereignung durch das künftige Bürgerliche Gesetzbuch geregelt werden, in Gutachten zum 3. DJT in der Tschechoslowakei (1927) 1 (7 ff). In jüngerer Zeit steht unter anderem die Übersicherungsproblematik im Vordergrund; Hinweise hierzu unten IV.A.2.b.(ii.).

464 Extrembeispiele markieren aus heutiger Sicht das niederländische Recht und – mittlerweile beschränkt auf Verbrauchergeschäfte – das 2014 in Kraft getretene neue ungarische Zivilgesetz-

deutschen Diskurs für die Zulässigkeit, teilweise auch die für die Unzulässigkeit der publizitätslosen Sicherungsübereignung vorgebrachten Argumente aus der Perspektive der Nachbarrechtsordnungen als problematisch erweisen.

1. Potentiell rezeptionsfeindlich wirkt bereits die Verzahnung der Sicherungsübereignung durch Konstitut mit dem **Abstraktionsprinzip.** Denn die europäischen Nachbarrechtsordnungen haben diesen Grundsatz in ihren älteren Kodifikationen nicht gekannt und nach Inkrafttreten des BGB auch nicht übernommen. Die mögliche Wirkungsweise dieser Divergenz ist eine doppelte: Zum einen hat die deutsche Rechtsprechung wie gesehen den Hinweis auf die Rechtsgrundunabhängigkeit der Übereignung dazu benützt, der drohenden Entlarvung der gebräuchlichen Sicherungskaufverträge als Scheingeschäfte entgegenzuwirken. Selbst wenn die Übertragungscausa unwirksam sein sollte, bleibt die Übereignung doch wirksam.[465] Dieser für sich genommene überzeugende[466] Ansatz bleibt Rechtsordnungen, in denen die Wirksamkeit der Übereignung weiterhin an einen gültigen Rechtsgrund geknüpft ist, selbstredend verschlossen.[467] Gleichzeitig verstellt die Assoziation von Abstraktionsprinzip mit der Zulässigkeit einer auch publizitätslosen Sicherungsübereignung den Blick auf eine zentrale andere Frage, nämlich auf die Reichweite pfandrechtlicher bzw allgemein-sicherungsrechtlicher Publizitätsvorschriften. Hat sich eine Rechtsordnung erst einmal zur Anerkennung einer tauglichen *causa* für Sicherungsübereignungen durchgerungen (zB in Form der Sicherungsabrede), hat sich der selbständige Wert des Abstraktionsgrundsatzes für die hiesigen Zwecke in Wahrheit schon erledigt.

Das unrichtige Bild, Abstraktionsprinzip und publizitätslose Sicherungsübereignung würden sich gegenseitig implizieren, wird auch von sonstiger Seite beständig genährt: Der Gesetzgeber des BGB macht geltend, würde man Zweiteres nicht anerkennen, läge eine (nicht gerechtfertigte) Ausnahme von ersterem Grundsatz vor.[468] In jüngerer Zeit apostrophiert *Stadler* das »Abstraktionsprinzip als Basis des Treuhandeigentums«. Die dogmatische Fundierung der (besitzlosen) Sicherungsübereignung sei durch das Abstraktionsprinzip erfolgt, aufgrund

buch, nach denen jegliche Sicherungsübereignung (auch die Dritten erkennbare) unwirksam ist. Näher (mit kurzem Hinweis zum ungarischen Recht) unten IV.B.2.

465 Siehe oben II.B.4.b. unter 2.

466 Der Ansatz überzeugt in seiner hier präsentierten Form: unwirksames Grundgeschäft hindert wirksame Übereignung nicht. Unrichtig wäre dagegen die Schlussfolgerung, die Geltung des Abstraktionsprinzips sichere die Wirksamkeit der publizitätslosen Sicherungsübereignung. Denn diese hängt zutreffenderweise – Rechtsgrundunabhängigkeit hin oder her – auch von der zusätzlichen Frage ab, ob (pfandrechtliche oder allgemeine) Publizitätsvorschriften zu erfüllen sind; vgl sogleich im Text.

467 Betont wird dies – aus deutscher Sicht – regelmäßig für das französische Recht; so etwa bei *Löhnig,* Treuhand 30 f; ähnlich *Coing,* Treuhand 32.

468 Protokolle III 3689 = *Mugdan* III 626; siehe oben II.B.4.b. unter 2.

dessen – insoweit völlig zutreffend – dem auf schuldrechtlicher Ebene erhobenen Einwand der Simulation gegenüber dem Kauf auf Wiederkauf leicht begegnet werden konnte.[469] Sie steht damit nicht allein.[470] Allein, all dies verkürzt erheblich: Die Begründung von Sicherungseigentum ist in einem rechtsgrundabhängigen Übereignungssystem genauso problemlos möglich. Und die für die Treuhand typische schuldrechtliche Beschränkung im Innenverhältnis folgt ja gerade nicht aus dem (abstrakten oder kausalabhängigen) dinglichen Rechtsgeschäft, sondern aus dem schuldrechtlichen Grundgeschäft. In die Tendenz zur Überbewertung des Abstraktionsprinzips fügt sich die Einschätzung, der historische Vorläufer der Sicherungsübertragung im deutschen Recht, der Sicherungskauf, habe »seine Entstehung dem Fehlen des Abstraktionsprinzips im preußischen ALR verdankt«.[471] Dass vielmehr praktische Schwierigkeiten mit dem Faustpfandprinzip zu dieser Entwicklung Anlass gegeben haben, bleibt dabei außer Betracht. Eine klarsichtige Beurteilung der maßgeblichen Zusammenhänge, bei welcher das Abstraktionsprinzip eigentlich eine denkbar kleine Rolle einnehmen sollte, wird hierdurch sicher nicht gefördert.

Tatsächlich wurde etwa im italienischen Schrifttum in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts teilweise die Auffassung vertreten, eine Sicherungsübereignung im technischen Sinne sei nur in Rechtsordnungen mit Abstraktionsprinzip möglich.[472] Ähnlich wurde in der österreichischen Diskussion vereinzelt vorgebracht, einer Anerkennung der Sicherungsübereignung stehe schon der Umstand entgegen, dass das österreichische Recht das Abstraktionsprinzip nicht verwirklicht habe.[473]

2. Größere Schwierigkeiten bereiten den Ländern mit kausaler Übereignung freilich jene Gesichtspunkte, die sich auf die **Wirksamkeit des schuldrechtlichen**

---

469 Siehe *Stadler,* Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion – Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts (1996) 103 f.

470 Eine »augenscheinliche Geeignetheit, ja Notwendigkeit« des Abstraktionsprinzips für die Konstruktion einer besitzlosen Mobiliarsicherheit sieht *Löhnig,* Treuhand 31. In ähnlichem Sinne wohl *Brandt,* Eigentumserwerb und Austauschgeschäft (1940) 112 ff.

471 So *Stadler,* Abstraktion 562 FN 12.

472 Nw bei *D. Mühl,* Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und Eigentumsvorbehalt im italienischen Recht (1980) 51. Dass für diese Einschätzung Äußerungen wie die im vorstehenden Absatz referierten eine signifikante Rolle gespielt hätten, wird dort allerdings nicht berichtet. Ein Konflikt zwischen dem auch im italienischen Recht geltenden Besitzübertragungserfordernis beim Mobiliarpfand und der grundsätzlich publizitätslos möglichen Sicherungsübereignung wird nach der Darstellung *D. Mühls* offenbar nicht gesehen. Ein Absehen von der Besitzübertragung sei lediglich praktisch nicht empfehlenswert, weil die Übereignung ansonsten gegenüber pfändenden Gläubigern des Sicherungsgebers unwirksam bleibt, es sei denn, sie erfolge mit »sicherem Datum« (Art 2914 Nr 4 Cc); siehe *D. Mühl* aaO 64 f.

473 In diesen Sinne *Pfersche,* Die Sicherungsübereignung, ZBl 30 (1912) 725 (726); dazu unten III.B.1. unter 2. bei FN 761.

Grundgeschäfts selbst *(der causa)* beziehen. Dies betrifft vor allem das lange »Mitschleifen« der Scheingeschäftsproblematik in der deutschen Diskussion,[474] die sich später praktisch eins zu eins in Österreich und zumindest teilweise ähnlich in den Niederlanden wiederfindet;[475] zum Teil aber auch die dogmatisch befriedigendere Einordnung der Problematik bei der Gesetzesumgehung, soweit bei deren Bejahung die Rechtsfolge in der Unwirksamkeit der für die Übereignung erforderlichen Rechtsgeschäfte gesehen wird.[476] Das eigentliche Sachproblem, ob eine dem Pfandrecht funktional weitestgehend äquivalente dingliche Mobiliarsicherheit ohne die im Pfandrecht vorgeschriebene Publizität zulässig ist, wird dadurch **von der sachenrechtlichen auf eine rechtsgeschäftlich-schuldrechtliche Ebene verlagert.** Was eigentlich eine eigenständige sachenrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung ist (die Gewahrsamsübertragung bzw deren Fehlen), wird in die Beurteilung der *causa* hineingetragen; eine Hypothek für Kausalsysteme. Besonders anfällig in dieser Hinsicht ist die Beurteilung von Sicherungskaufgeschäften, denen wohl schon genuin das Odium fehlender Seriosität anhaftet. Der Durchgriff vom Sachen- ins Schuldrecht belastet aber auch die Anerkennung der bloßen Sicherungsabrede als tauglichen Rechtsgrund für fiduziarische Eigentumsübertragungen. Ein markantes und rezentes Beispiel liefert Art 3:84 Abs 3 des neuen, 1992 in Kraft getretenen niederländischen BW, der die Sicherungstreuhand-Abrede zum für die Eigentumsübertragung untauglichen Rechtsgrund erklärt.[477] Dabei ist die *causa* eigentlich der falsche Adressat für Einschränkungen. Günstig verläuft die Entwicklung insoweit in der Schweiz, wo das Problem der Umgehung sachenrechtlicher Normen ausdrücklich im Sachenrecht angegangen wird. Art 717 Abs 1 ZGB (aus 1907) lautet: »Bleibt die Sache … beim Veräusserer, so ist die Eigentumsübertragung Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.«

3. Natürlich ergeben sich aus der reichen deutschen Diskussion auch positive Impulse. Was man hierher rechnet, ist natürlich zu einem gewissen Grad Ansichtssache. Nach Dafürhalten des Verfassers jedenfalls *Kohlers* Lehre von der **Gesetzesumgehung,** die eine Lösung des sachenrechtlichen Problems fehlender Publizität im Sachenrecht hätte sicherstellen können, indem die pfandrechtliche Publizitätsregel ihrem weiterreichenden Zweck nach auf das Sicherungseigentum erstreckt

474 Vgl oben II.B.4.a. bei und mit FN 409 mwN.
475 Zu Österreich siehe unten III.B.1., zur niederländischen Entwicklung IV.B.2.a. und IV.B.2.b.
476 Zu diesbezüglichen Unklarheiten oben II.B.4.b. unter 3. bei FN 451.
477 Näher hierzu unten IV.B.2. Die aus dem Sachenrecht für die Verwerfung der *causa* »importierten« Aspekte betreffen dabei neben dem Publizitätsaspekt jenen des Verbots der Verfallsklausel und allgemeine Erwägungen zur Wahrung des *numerus clausus* der Sachenrechte (vgl IV.B.2.b.).

wird.[478] Allein, dies hat sich nicht durchgesetzt. Positive Erwähnung verdient ferner *Regelsbergers* allgemeine **Treuhandlehre**, die den Weg zur Anerkennung der Sicherungsabrede als tauglichen Rechtsgrund für die Übereignung bahnt.[479] Gleichwohl hat die Idee der Einräumung eines Mehr an Rechtsmacht, als der Sicherungszweck erfordert, mitunter auch den Gegnern der Sicherungsübereignung in die Hände gespielt.[480]

4. Sucht man nach einem gemeinsamen Charakteristikum der vorgetragenen Argumente für und wider die Sicherungsübereignung, so fällt eines auf: Die Lösungen, auf die sich diese Argumente beziehen, sind sehr weitgehend **Extremlösungen.** Gegenstand der Diskussion, wie sie in der Praxis begegnet, ist im Grunde ausschließlich die publizitätslose Form der Sicherungsübereignung, und diese soll je nach Standpunkt entweder (vollkommen) zulässig oder unzulässig sein. Abstufungen, etwa dass die Sicherungsübereignung – nur, aber immerhin – unter bestimmten Voraussetzungen wirksam sein könnte, kommen als Lösung nicht vor; zumindest wird diese Möglichkeit nicht offen angesprochen. Dementsprechend beziehen sich auch die ins Treffen geführten Argumente nicht auf solche Lösungen.

Der hier aufgestellte Befund ergibt sich noch in geringerem Maße für die Argumente der Gegner: Der ursprüngliche Simulationseinwand – so unrichtig er in sich ist, wenn die Parteien wirklich eine Übertragung von Eigentum wollen – hat immerhin impliziert, dass wenn die Parteien in Wahrheit ein Pfandgeschäft schließen, dieses unter den im Pfandrecht aufgestellten Voraussetzungen auch wirksam sein müsste. Gleiches gilt im Ergebnis von der Umgehungslehre. Doch gerade die Befürworter der (publizitätslosen) Sicherungsübereignung lassen keinerlei Ansätze für Kompromisslösungen erkennen. Im Ergebnis hat diese Position sich durchgesetzt; es sind ihre Argumente, die als Rechtfertigung für die Lösung des deutschen Rechts nach außen treten.

5. Damit können wir zu den am Anfang dieses Kapitels formulierten Ausgangsfragen zurückkehren: Rechtfertigt die Wahl unterschiedlicher Rechtsformen – Pfandrecht oder Sicherungsübereignung – erheblich abweichende praktische Ergebnisse? Gibt es Argumente, die derartige Diskrepanzen legitimieren können?

---

478 Oben II.B.4.a. nach FN 409.

479 Oben II.B.4.b. unter 1. Nicht förderlich ist hingegen der ebendort diskutierte von *Regelsberger* gesetzte zweite Schritt, der mit der Einordnung eines Geschäfts als »fiduziarisches« automatisch dessen Wirksamkeit annimmt.

480 Dies wird spürbar in der gegen diese Sicherungsform vorgebrachten Kritik des niederländischen Gesetzesverfassers *Meijers,* der die Sicherungsübereignung letztlich aus dem neuen BW verbannt hat (vgl unten IV.B.2.b.).

Mit Blick auf die in diesem Kapitel erörterten Argumente zur Sicherungsübereignung und auf die zuvor dargelegten Motive der Entwicklung zum Übergabeerfordernis im Pfandrecht[481] muss die Antwort wohl lauten: Wirklich **überzeugende Gründe für eine fundamentale Verschiedenbehandlung** von Pfandrecht und Sicherungsübereignung haben sich **nicht** ergeben. Jedenfalls nicht in Bezug auf jenen Aspekt, der bei dieser Untersuchung im Zentrum gestanden hat, nämlich jenem der Publizität.

5. Sicherungszession

Die Entwicklung der sicherungsweisen Abtretung von Forderungen ist weniger intensiv dokumentiert als jene der Sicherungsübereignung beweglicher körperlicher Sachen. Insbesondere über die Gründe, warum die Sicherungszession in den europäischen Rechtsordnungen die **Forderungsverpfändung in der Praxis** fast vollständig **verdrängt** hat,[482] liegt aus jener Zeit, in der sich diese Entwicklung vollzogen hat, regelmäßig nur wenig Material vor. Die Gründe waren von Rechtsordnung zu Rechtsordnung vermutlich auch nicht deckungsgleich. So wird etwa für die Niederlande und Frankreich angeführt, man habe in der Verwertung des Forderungspfands durch Einziehung einen Konflikt mit dem Verbot der *lex commissoria* gesehen, sich dagegen zwar durch Einräumung einer Vollmacht zur Einziehung abzusichern versucht, doch sei die Konkursbeständigkeit solcher Konstruktionen zweifelhaft geblieben. Diese Unsicherheiten hätten dann zum endgültigen Ausweichen in die Sicherungsabtretung geführt.[483] Der Hinweis auf die Möglichkeit selbständiger Realisierung der sicherungsweise zedierten Forderung im Gegensatz zum Forderungspfand findet sich übrigens auch in der älteren österreichischen Diskussion.[484] In Deutschland wird das Hauptmotiv darin zu sehen sein, dass man für die sicherungsweise Abtretung der Forderung die für die

481 Oben II.B.1.

482 Auf Grundlage des heute geltenden Rechts zu dieser Frage für Österreich etwa *Kaller,* Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität (2007) 37 ff; für Deutschland *Wittig,* Sicherungsabtretung, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg), Recht der Kreditsicherung[10] (2018) 626 (627 f, § 13 Rn 1).

483 Siehe *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 414, 447 f und kurz bereits oben II.A.4.a. bei FN 97. Der niederländische Hoge Raad hat allerdings die Konkursfestigkeit solcher unwiderruflicher Einziehungsvollmachten offenbar bereits 1898 anerkannt; vgl *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (471 mwN). Dass in der Kreditsicherungspraxis dennoch Zweifel fortbestanden haben mögen, ist gleichwohl denkbar.

484 Bei *Kiwe,* Die sicherungsweise Abtretung offener Buchforderungen (1928) 10 wird die selbständige Realisierbarkeit der Forderung als »wichtigstes Unterscheidungsmerkmal« zwischen Sicherungszession und Forderungsverpfändung hervorgehoben. Vgl auch die unten zitierte E OGH 13. 5. 1857, GlU 349: »Es kann somit nicht daran gezweifelt werden, daß A das Recht hatte, die fraglichen Forderungen einzutreiben, … und es ist somit auch die Annahme einer bloßen Verpfändung ausgeschlossen …«.

Forderungsverpfändung vorgesehene Drittschuldnerverständigung (kodifiziert in § 1280 BGB) nicht gefordert hat. Die genaue zeitliche Einordnung dieser Entwicklung ist allerdings schwierig.[485] Dasselbe Motiv wird (neben dem oben erwähnten) auch für die niederländische Entwicklung berichtet[486] und könnte in einer Frühphase selbst für Österreich relevant gewesen sein, hat die Judikatur doch zunächst ebenfalls auf die beim Pfandrecht vorgeschriebenen Publizitätsmaßnahmen überhaupt verzichtet (dazu sogleich). Vielleicht hat sich die Vorherrschaft der Zession gegenüber der Verpfändung in Österreich aber auch erst in Zusammenhang mit der um den 1. Weltkrieg sowie in der Zwischenkriegszeit stark zunehmenden Kreditverschaffung durch Eskontierung offener Buchforderung ergeben. Dabei handelt es sich nicht um eine sicherungsweise Abtretung, sondern um einen Forderungskauf unter Abzug der Zinsdifferenz zwischen Vertragsabschlusszeitpunkt und Fälligkeit sowie einer Risikoabgeltung. Auch echte Sicherungszessionen wurden längere Zeit hindurch häufig als Eskontierung bezeichnet und die beiden Rechtsformen oft auch in einem behandelt.[487] Insoweit mag es nahegelegen haben, bei reinen Sicherungsgeschäften bei der zessionsrechtlichen Ausgestaltung zu bleiben und nicht auf Pfandrechtsbegründungen auszuweichen.[488]

Für den deutschsprachigen Raum findet sich die wohl erste höchstgerichtliche Anerkennung einer Sicherungszession heutigen Zuschnitts in einer Entscheidung des **österreichischen OGH** aus dem Jahr 1857.[489] Der beurteilte Sachverhalt hat sich allerdings in Norditalien zugetragen, sodass Rückschlüsse auf die Kreditsicherungspraxis in den Gebieten des heutigen Österreich wohl nicht vorschnell gezogen werden sollten. Vereinbart war die Abtretung verschiedener Forderungen

---

485 In Deutschland hat die Rückbesinnung der Historischen Rechtsschule auf die römischen Quellen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zunächst ein Wiederaufleben des Dogmas von der Unübertragbarkeit der Forderung bewirkt, erst in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts hat sich die Vorstellung von der Zession als Vollrechtsübertragung endgültig durchgesetzt; Überblick zur Entwicklung bei *Hattenhauer* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg), HKK BGB II/2 (2007) §§ 398–413 Rn 20 ff. Vor dieser Zeit ist dann wohl auch an eine Abtretung gerade zum Zweck der Forderungssicherung nicht zu denken. Eine allgemeine Anerkennung der Sicherungszession in der Rsp ist für 1875 dokumentiert (vgl unten im Text bei FN 498). Ab wann von einer weiten, das Forderungspfand letztlich verdrängenden Verbreitung ausgegangen werden kann, ist damit freilich nicht gesagt.

486 *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (471).

487 Näher *Kiwe,* Abtretung 2 ff mwN.

488 Weitere mögliche Gründe der Präferenz für die Sicherungszession nach geltendem österreichischem Recht erörtert *Koziol,* Sicherungszession und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht, in *Hadding* (Hrsg), Mobiliarsicherheiten (1998) 19 (25 f): Grundsätzlich seien Pfänder gerichtlich zu verwerten (§ 461 ABGB), der Sicherungszessionar könne die Forderung hingegen ohne gerichtliche Schritte einziehen. Da aber die außergerichtliche Verwertung auch beim Forderungspfand ohne weiteres vereinbart werden kann, bleibe die Vorliebe der Praxis für die Sicherungszession nicht recht verständlich.

489 OGH 13. 5. 1857, GlU 349. Unterinstanzen waren das LG Mantua und das OLG Mailand, in welchen Gebieten damals das ABGB gegolten hat; vgl hierzu *Mattiangeli,* Die Anwendung des ABGB in Italien im 19. Jahrhundert und seine historischen Aspekte (2012) 77 ff, 103 ff, 146 ff.

»zur Sicherstellung« einer Wechselschuld samt Zinsen. Der Gläubiger wurde ermächtigt, die Drittschuldner hiervon in Kenntnis zu setzen (ob eine Verständigung tatsächlich erfolgte, ist nicht berichtet). Bei Eingang von Zahlungen vor Fälligkeit der besicherten Schuld war der Gläubiger zum Einbehalten monatlich festgelegter Abschlagsbeträge auf die Wechselforderung berechtigt, »bezüglich deren durch die Cession, welche blos aus dem Titel der Sicherstellung erfolge, eine Novation nicht stattfinde«. Die Sicherstellung als Abtretungscausa wird also eindeutig zum Ausdruck gebracht. Nachdem die Erstinstanz die Abrede als Pfandbestellung gedeutet hatte, beurteilen sie Berufungsgericht und OGH unter Berücksichtigung von Wortlaut und Zweck der Vereinbarung als Vollzession. Das Problem, dass aufgrund funktionaler Ähnlichkeit pfandrechtliche Publizitätsvorschriften Beachtung beanspruchen könnten, wird nicht gesehen; im Gegenteil: Die Annahme einer bloßen Verpfändung sei ausgeschlossen, ein Recht zur Eintreibung der Forderung ließe sich mit einem Pfandrecht nicht verbinden,[490] »wie denn überhaupt die Verpfändung einer beweglichen Sache ohne Uebergabe derselben juristisch undenkbar ist«. Die Zession zur Sicherstellung sei »etwas ganz anderes« als eine Pfandbestellung;[491] damit stellt sich augenscheinlich die Frage der Erkennbarkeit für Dritte von vornherein nicht. Gute 50 Jahre später ist die Problemsicht des OGH dann eine ganz andere: Entscheidend ist die Einhaltung des pfandrechtlichen Publizitätserfordernisses (§ 452 ABGB), dafür tut man sich nun mit der rechtlichen Einordnung der zu Sicherungszwecken vorgenommenen Forderungsabtretung schwer:[492] Die Kontrahenten hätten »mit dem abgeschlossenen Zessionsvertrage nur die Verpfändung der außenstehenden Forderungen gewollt«; es wird also die Sicherungszession, weil die Verwirklichung des Vertragszwecks anders offenbar nicht vorstellbar erscheint, in eine Forderungsverpfändung umgedeutet. Auch die inzwischen in Deutschland längst gängige Einordnung als fiduziarische Vollrechtsübertragung gelingt nicht: »Die beabsichtigte Pfandbestellung schließt die Übertragung der Forderung ins Eigentum, und sei es auch nur das fiduziarische, aus.«

Anders die Entwicklung in **Deutschland.** Sie setzt später ein, findet aber auch früher ihren Abschluss, zumindest in der Rechtsprechung.[493] Begünstigt wird die

490 Vgl oben bei und mit FN 484.
491 Siehe jeweils OGH 13.5.1857, GlU 349.
492 OGH 15.12.1909, GlUNF 4833 (daraus auch die nachfolgenden Zitate); eine Ersichtlichmachung der Abtretung durch »Stampiglierung« in den Handelsbüchern des Sicherungsgebers wurde im konkreten Fall übrigens nicht als ausreichend angesehen, als tauglich wird die Drittschuldnerverständigung genannt. – Überblick zur Entwicklung der österreichischen Rsp im Übrigen bei *Kaller,* Sicherungszession 34 ff.
493 Neben den im Folgenden Zitierten vgl einführend auch *Brinkmann,* Kreditsicherheit 102 f, 151 f; *Pöggeler,* Die Abtretung zukünftiger Forderungen (Vorausabtretung), in *Nörr/Scheyhing/Pöggeler,* Sukzessionen – Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme^2 (1999) 137 f.

rasche Anerkennung der Sicherungszession dabei von der intensiven Auseinandersetzung mit einer anderen Problemlage, deren Hintergrund ähnlich wie bei den Sicherungskaufgeschäften über bewegliche körperliche Sachen in den wirtschaftlichen Umwälzungen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu sehen ist: Die Rede ist von der Wechselbegebung durch Vollindossament (Vollrechtsübertragung) zum beschränkten Zweck der Einziehung. Eine solche Übertragung zu Inkassozwecken (auch Inkasso-Indossament oder Eigentumsindossament zu Inkassozwecken) wurde nun, in Zeiten allgemeiner Kreditnot, zunehmend und letztlich offenbar sogar vornehmlich zur Kreditbeschaffung genutzt.[494] In zahlreichen, zunächst äußerst kontroversen Entscheidungen setzen sich die Obergerichte der einzelnen deutschen Bundesstaaten insbesondere mit dem häufig vorgebrachten Einwand der Simulation (dass nämlich der Indossatar in Wahrheit bloßer Bevollmächtigter seines Indossanten sei) auseinander.[495] Die Rechtslage konsolidiert sich mit Einrichtung des Reichs-Oberhandelsgerichts (ROHG) 1870, das den Simulationseinwand in ständiger Rechtsprechung ablehnt. In dieser Judikatur werden bereits die wesentlichen Merkmale des von *Regelsberger* später als »fiduziarisch« bezeichneten Geschäftstyps herausgearbeitet: Es »steht rechtlich nichts im Wege, für einen beschränkten Zweck ein über denselben hinausgehendes Mittel zu wählen«.[496] Die literarische Auseinandersetzung mit dem Vollindossament zu Inkassozwecken ist vielfältig; die Lösung des ROHG findet im Wesentlichen Zustimmung, darunter in den oben zur Sicherungsübereignung bereits ausführlicher gewürdigten Arbeiten von *Kohler* und *Regelsberger,* der der Frage breiten Raum widmet.[497]

Auf dem durch eigene Vorarbeit solcherart bestens bereiteten Boden fällt zunächst dem ROHG selbst die Anerkennung der Sicherungszession nicht schwer.[498] Ab 1880 folgt dem das Reichsgericht.[499] Eine intensivere dogmatische Auseinan-

494 Hierzu und zum wirtschaftlichen Hintergrund *Otten,* Entwicklung der Treuhand 147 ff.

495 Nachgezeichnet bei *Otten,* Entwicklung der Treuhand 154 mit zahlreichen Nw. Vgl auch *Coing,* Treuhand 33 f.

496 Siehe wiederum *Otten,* Entwicklung der Treuhand 159 f mwN. Die zitierte Passage stammt aus einem ausführlich begründeten Urteil aus 1872, ROHGE 6, 44 (54); vgl zur Zweck-Mittel-Relation auch ROHG aaO 55 sowie 56 ff zur Abgrenzung zur Simulation. Im Gegensatz zur früher vorherrschenden Auffassung stelle nicht »jede Incongruenz des gewollten materiellen Verhältnisses und der durch den Erklärungsakt begründeten wie gewollten Rechtswirkung« ein simuliertes Geschäft dar (aaO 58). Zur Vorbildwirkung dieser E auf *Regelsberger* siehe *S. Hofer* in *Helmholz/Zimmermann,* Itinera Fiduciae 389 (395 f).

497 Vgl *Kohler,* JherJB 16 (1878) 91 (zum Vollindossament 149 ff); *Regelsberger,* AcP 63 (1880) 157, mit ausführlicher Stellungnahme zum Eigentumsindossament zu Inkassozwecken aaO 180 ff. Zu den Arbeiten *Kohlers* und *Regelsbergers* näher oben II.B.4.a. bzw II.B.4.b. unter 1. Eine breiter angelegte Übersicht zum damaligen Schrifttum bietet *Otten,* Entwicklung der Treuhand 161 ff.

498 ROHGE 19, 130 (aus 1875).

499 Zunächst lediglich in einer (wenngleich ausführlichen) Fußnote zu RGZ 2, 168 berichteten E vom 13.10.1880 (aaO 170 f FN 1); sodann aus 1889 die beiden Urteile RGZ 24, 45 (zur Wirkung im Konkurs des Sicherungsgebers) und RGZ 24, 161 (insb: kein Scheingeschäft bzw in Wahr-

dersetzung zu grundsätzlichen Fragen der Wirksamkeit derartiger Abtretungen (vom Scheingeschäftsaspekt abgesehen) findet hier nicht mehr statt. Publizitätsfragen oder dergleichen finden zunächst keine Erwähnung. In der Judikatur nach Inkrafttreten des BGB spielt die Qualifikation als Treuhandverhältnis eine zentrale Rolle, allerdings für hier weniger interessierende Aspekte wie die Begründung einer allgemeinen Interessenwahrungspflicht des Zessionars.[500] Nun wird auch ausgesprochen, dass die Sicherungsabtretung im Gegensatz zur Forderungsverpfändung (§ 1280 BGB) zu ihrer Wirksamkeit einer Anzeige an den Schuldner nicht bedürfe. Die Entscheidung des Reichsgerichts mutet fast etwas kurios an: Einerseits betont sie ausdrücklich, dass »eine solche fiduziarische Sicherungsabtretung … wirtschaftlich dasselbe bedeutet wie die Verpfändung, und nur eine andere rechtliche Form darstellt…«. Andererseits spricht sie die Frage, ob das Anzeigeerfordernis nicht auch bei der funktional äquivalenten Sicherungsabtretung Geltung beanspruchen könnte, mit keinem Wort an – obwohl im entscheidungsgegenständlichen Fall eine zuvor vorgenommene Verpfändung der fraglichen Ansprüche gerade daran gescheitert war, dass der Sicherungsgeber nicht selbst den Schuldner verständigt hatte; ja es dem Sicherungsgeber gerade darauf angekommen war, die ihm missliebige Anzeige zu vermeiden.[501]

Im deutschen Schrifttum folgt insbesondere kurz nach der Jahrhundertwende eine intensivere und kontroverse Diskussion zu fiduziarischen Abtretungen im Allgemeinen und auch zur Sicherungsabtretung im Besonderen.[502] Zur sich verfestigenden hA,[503] wonach es anders als bei der Forderungsverpfändung (§ 1280 BGB) nicht der Anzeige an den Schuldner bedürfe, findet sich nun auch ein Begründungsansatz: Die dem Schuldner nicht angezeigte Sicherungszession erscheine (noch) weniger bedenklich als die publizitätslose Sicherungsübereignung

heit Forderungsverpfändung; kein automatisches Zurückfallen der zedierten Forderung nach Tilgung der besicherten Schuld); Wirksamkeit bestätigend auch RGZ 32, 216 (220) aus 1893.

500 Hieraus werden für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses maßgebende Regelungen entwickelt, wie die Verpflichtung zur Herausgabe eines etwaigen Mehrerlöses (RGZ 59, 191 aus 1904) oder zur Reichweite von Interessenwahrungspflichten im Fall der Verwertung (RGZ 76, 345 [347 f] aus 1911).

501 Siehe RG JW 1909, 734. In einem anderen Punkt spielt die wirtschaftliche Äquivalenz der Sicherungsformen in der – zu einem Anfechtungsprozess ergangenen – E hingegen eine entscheidende Rolle; nämlich für die Begründung, warum die Sicherungsabtretung keine dem Gläubiger nicht zustehende (inkongruente) Sicherheit darstelle: Der Sicherungsgeber sei nämlich aus dem (schon längere Zeit zuvor geschlossenen) obligatorisch wirkenden Sicherungsvertrag, mochte dieser allgemein auf Bestellung einer Sicherheit an den fraglichen Rechten oder im Besonderen auf Pfandbestellung gelautet haben, nach Treu und Glauben zur sicherungsweisen Abtretung verpflichtet gewesen, wenn bzw da er die zur Verpfändung erforderliche Anzeige dem Drittschuldner nicht zugehen lassen wollte.

502 Nw zB in der erheblich erweiterten Neukommentierung des Zessionsrechts von *Siber* in *Planck* (Hrsg), BGB II/1^{4} (1914) § 398 Rn 1.b).

503 Vgl die bereits referierte E RG JW 1909, 734; *Siber* aaO.

an Fahrnis. Denn sie sei »nicht in gleicher Weise, wie der Besitz eines heimlich veräußerten Warenlagers, dazu geeignet, den Zedenten nach außen kreditwürdiger erscheinen zu lassen, als er ist«.[504]

6. Eigentumsvorbehalt

Der folgende Abriss zur Entwicklung dessen, was heute unter dem Konzept des (einfachen) Eigentumsvorbehalts bekannt ist, ist ebenso verkürzt wie selektiv.[505] Im Wesentlichen geht es hier einerseits darum, deutlich zu machen, dass die Sicherung des Verkäufers für den Kaufpreis mittels der Kaufsache selbst auf durchaus unterschiedliche Arten bewerkstelligt werden kann und dass bestimmte Konzepte, die uns im Lauf dieser Arbeit als mögliche Entwicklungsperspektiven für die künftige Rechtsentwicklung wieder begegnen werden,[506] bereits auf eine längere Tradition in der Rechtsgeschichte zurückblicken können. Der zweite Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen erklärt sich aus dem Hintergrund der meisten dogmatischen und praktischen Probleme, die der Eigentumsvorbehalt im geltenden österreichischen Recht auf sachenrechtlicher Ebene aufwirft: dem Spannungsverhältnis zum pfandrechtlichen Publizitätsprinzip.

a. Allgemeine Entwicklung und deutsches Recht

Die Entwicklungsstränge der Kaufpreissicherung durch die Kaufsache sind vielfältig; sie divergieren nicht nur zeitlich und territorial, es entwickeln sich zudem mehrere Konzepte zum Teil unabhängig voneinander.[507] Aus dem römischen Erbe ist in der mittelalterlichen Jurisprudenz zunächst die von Justinian in Inst 2, 1, 41 niedergeschriebene Regel bedeutsam, der zufolge sich der Eigentumsübergang

---

504 *Siber* aaO.

505 Die gedrängte Art der Darstellung legt es nahe, die Entwicklung des Eigentumsvorbehalts erst an dieser Stelle, im Kapitel zur Kodifikationszeit, wieder aufzugreifen. Es umfasst daher ausnahmsweise auch einzelne Aspekte früherer Entwicklungen.

506 Siehe unten III.D.1.b. (zur Frage der Anerkennung eines Pfandrechtsvorbehalts im geltenden österreichischen Recht), IV.C.5. bzw IV.D.2. und IV.D.7.b. (zum Konzept des Eigentumsvorbehalts als beschränktes dingliches Sicherungsrecht im neuen französischen und belgischen Recht) sowie V.B.3. und V.E. (zu den diesbezüglichen Konzepten im DCFR).

507 Näher *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts (2000); *Sandmann,* Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland (1972); *Schiemann,* Über die Funktion des pactum reservati dominii während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa, ZSSt RomAbt 93 (1976) 161; *Thiemann,* Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte (1974) 29 ff; *W. Berger,* Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht – Besitzloses Pfandrecht und Eigentum (1984) 8 ff, 46 ff; Übersicht auch bei *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann,* HKK BGB III/1 § 449 Rn 1–9; *Finkenauer* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg), HKK BGB I (2003) §§ 158–163 Rn 16 f; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 103 ff, 185 ff.

auch ohne besondere vertragliche Vereinbarung grundsätzlich nur vollzieht, wenn der Kaufpreis gezahlt oder sichergestellt ist, im Fall einer Kreditierung des Kaufpreises hingegen sofort mit der Übergabe. Zentrale Frage wird damit, wann eine »Kreditierung« *(fidem sequi)* anzunehmen sei, was bei kurzen Zahlungszielen verneint wird.[508] Diese Entwicklung und die Bedeutung des genannten Institutionenfragments für die Entstehungsgeschichte des § 454 aF BGB,[509] dem für Österreich der erst kürzlich durch das HaRÄG[510] aufgehobene Art 8/21 4. EVHGB gefolgt ist (Ausschluss des Rücktrittsrechts wegen Zahlungsverzugs bei Übergabe und Stundung des Kaufpreises), interessieren hier freilich nicht näher. Auch Einzelheiten zur (kaufrechtlichen) *lex commissoria,* der vertraglichen Vereinbarung eines Rücktrittsrechts bei Nichtzahlung des Kaufpreises, das zur Rückforderung der Kaufsache berechtigt,[511] können hier weitestgehend dahinstehen. Wesentlich ist aber eines: Wird der Eigentumsvorbehalt (bzw das *pactum reservati dominii)* mit der *lex commissoria* gleichgesetzt bzw verbunden, wie dies seit der Rezeptionszeit teilweise geschieht,[512] setzt die Geltendmachung der Verkäufersicherung einen **Rücktritt** vom Kaufvertrag voraus. Die gesicherte Kaufpreisschuld erlischt, der **Kaufgegenstand wird zurückgefordert**.

Dieses Grundkonzept ist freilich nicht das einzige, das in den deutschen Ländern unter der Bezeichnung »Eigentumsvorbehalt« firmiert: In Kursachsen und der Oberlausitz entwickelt sich unter derselben Bezeichnung eine Sicherungsform, die treffender als **Vorbehalt einer pfandrechtsartigen Sicherheit** charakterisiert wird. Dementsprechend unterschiedlich gestaltet sich die Verwertung: Der Kaufvertrag und mit ihm die gesicherte Kaufpreisschuld bleiben aufrecht, die Sicherung gewährt eine **vorrangige Befriedigung** aus der Sache.[513] In der Folge begegnen in der Praxis beide Grundformen und muss die Wirkung jeweils durch

---

508 Vgl einführend *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann,* HKK BGB III/1 § 449 Rn 3, 6; näher etwa *Luig,* Das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübertragung nach deutschem Recht, in *Vacca* (Hrsg), Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica I (1991) 225 (233 ff). Zu Inst 2, 1, 41 auch kurz oben II.A.2. mit Nw in FN 39.

509 Hierzu *Luig* in *Vacca,* Vendita e trasferimento della proprietà I 225.

510 BGBl I 2005/120, in Kraft seit 1.1.2007. Begründet wird die Aufhebung der genannten Bestimmung mE zutr mit ihrem »bereits grundsätzlich wenig überzeugenden rechtspolitischen Gehalt«, vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 82 f.

511 Näher *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 196 ff; einführend *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann,* HKK BGB III/1 § 449 Rn 4 f. Problematisch war hier beispielsweise, ob ein Rückfall des Eigentums an den Verkäufer mit dinglicher Wirkung anzunehmen ist oder ob der Verkäufer bereits erhaltene Kaufpreisraten herauszugeben hatte.

512 *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 200 ff und passim.

513 Siehe *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 85 ff, 153 ff, unter Bezugnahme auf die Amts- und Gerichtsordnung des Markgrafentums Oberlausitz (1611) und die Chursächsische Process- und Gerichtsordnung (1622). Einführend wieder *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann,* HKK BGB III/1 § 449 Rn 5 f; insbesondere zur Spätphase dieser Theorie im 19. Jahrhundert *Thiemann,* Entwicklung der Eigentumsanwartschaft 64 ff.

Auslegung der konkreten Vereinbarung ermittelt werden.[514] Wenngleich sich das konzeptionelle Verständnis des »Eigentumsvorbehalts« tendenziell weg vom Pfandrechtsvorbehalt und hin zum Vorbehaltseigentum als Eigentum entwickelt, finden sich noch lange Zeit beide Formen nebeneinander.[515] Die Schlussfolgerung von der Einordnung des Rechts (Eigentum) auf dessen Inhalt setzt sich im 19. Jahrhundert zunehmend und schließlich endgültig durch. Unter Rückgriff aus *Savignys* Lehre vom dinglichen Vertrag gelangt man nun auch zur Konstruktion, dass lediglich das Verfügungsgeschäft unter eine Bedingung gestellt wird, und dass diese Bedingung eine aufschiebende ist.[516] Dieses Konzept findet nun – in wesentlichen Teilen bereits in einer Entscheidung aus 1882 – Eingang in die Rechtsprechung des Reichsgerichts.[517] Doch wird in der Literatur noch im Jahr 1890 vorgeschlagen, dem Eigentumsvorbehalt von Gesetzes wegen lediglich die Wirkung eines Pfandrechts zuzubilligen.[518]

In den Vorarbeiten zum BGB wird ein solcher Pfandrechtsvorbehalt allerdings explizit abgelehnt, und zwar weil dieser mit dem **Faustpfandprinzip** nicht vereinbar wäre.[519] Die Beurteilung des Eigentumsvorbehalts selbst wechselt im Verlauf der Kodifikationsarbeiten:[520] *Johows* Teilentwurf erklärt für die Übereignung be-

---

514 *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann,* HKK BGB III/1 § 449 Rn 6 zu verschiedenen Auslegungsvarianten; vgl auch *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 153 ff; gesetzliche Regelungen betreffen im Übrigen fast ausschließlich die Wirkung im Konkurs.

515 Vgl wieder *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 158 ff (zur Literatur im 17. und 18. Jahrhundert) und 239 ff (zum Schrifttum im 19. Jahrhundert, in dem eine Differenzierung zwischen beiden Arten zu einem guten Teil gar nicht vorkommt).

516 *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann,* HKK BGB III/1 § 449 Rn 7; *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 254 ff.

517 RGZ 7, 147. Die E betrifft, wie zahlreiche andere aus dieser Zeit zum Eigentumsvorbehalt, einen Liegenschaftskauf. Die Beurteilung, dass der Verkäufer durch Eigentum und nicht durch ein Pfandrecht gesichert sei, hat das RG hier allerdings einer partikularrechtlichen Gesetzesbestimmung entnommen und inhaltlich nicht aufgegriffen. Offengelassen wird lediglich, ob die dem Verfügungsgeschäft beigesetzte Bedingung aufschiebend oder auflösend ist. Aufgrund des unbedingt abgeschlossenen – und durch Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts nicht aufgelösten – Kaufvertrags steht nach dieser E dem Verkäufer allerdings trotz Rückerhalts der Sache weiterhin der Anspruch auf den vollen Kaufpreis zu. Unter gewissen Voraussetzungen könne dem Käufer allerdings ein Gegenanspruch auf Erstattung der Bereicherung zustehen (insbesondere wenn der Wert der Sache den noch offenen Teil des Kaufpreises übersteigt). – Überblick zu früherer Judikatur bei *W. Berger,* Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht 89 ff.

518 So *Bähr,* Rezension zu Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, KritV 32 (1890) 367 (372 f). Zweck dieses Vorschlags ist es, zu verhindern, dass der Verkäufer sowohl die Sache als auch den Kaufpreis behalten kann (zum konstruktiven Problem beim Eigentumsvorbehalt vgl die in FN 517 erwähnte E des RG).

519 So bereits in *Johows* Teilentwurf zum Sachenrecht, vgl *dens,* Sachenrecht II 1810 f = *Schubert,* Sachenrecht II 782 f: Der Pfandrechtsvorbehalt sei nur ein besonderer Fall der Verpfändung. Vgl auch Motive III 801 = *Mugdan* III 447 sowie – ohne Bezug auf das Faustpfandprinzip – Motive II 319 = *Mugdan* II 177, wonach die ältere Theorie, in der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts eine Pfandrechtsbegründung zu sehen, als aufgegeben betrachtet werden könne.

520 Überblick zum Folgenden auch bei *W. Berger,* Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht 8 ff; *Thiemann,* Entwicklung der Eigentumsanwartschaft 97 ff.

weglicher Sachen sowohl aufschiebende als auch auflösende Bedingungen, die dem dinglichen Vertrag beigefügt werden, für wirkungslos. Auch der Eigentumsvorbehalt ist danach ausgeschlossen. Begründet wird dies ausdrücklich mit einer gebotenen Parallele zu den Faustpfandvorschriften und dem Ausschluss des Pfandrechtsvorbehalts; daneben damit, eine »Zeit der thatsächlichen Eigenthumsungewißheit« zu vermeiden. Propagiert wird die »Reinlichkeit der Form durch Ablehnung von Zusätzen«, zumal eine Irreführung Dritter bei der bedingten Übergabe sehr naheliege.[521] Diese Sicht setzt sich allerdings nicht durch: Die erste Kommission lässt (durch Stillschweigen im Entwurf) für bewegliche Sachen sowohl die aufschiebend bedingte wie die auflösend bedingte Übereignung zu. Der von *Johow* vorgebrachten Bedenken einschließlich jenes einer möglichen Umgehung der Faustpfandvorschriften ist man sich dabei ausweislich der Beratungsprotokolle wohl bewusst. Man schreckt aber vor einer übermäßigen und den Verkehrsbedürfnissen nicht genügenden Beschränkung der Privatautonomie zurück. Argumentativ kommt der ersten Kommission dabei die nunmehr – im Gegensatz zu *Johows* Teilentwurf – vorgesehene **Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs**[522] zu Hilfe: »Den Ausschlag gebe, daß die Bedenken der Motive [= *Johows* Begründung zum TE-Sachenrecht, Anm], welche in der Irreführung Dritter beruheten, zum größten Theil durch den von der Kommission beschlossenen, dem Entwurf *[Johows]* gegenüber erweiterten Schutz der Eigenthumserwerbung in gutem Glauben gehoben würden.«[523] Dieser Ansatz hat zwei offensichtliche Schwachpunkte.

521 § 137 TE-Sachenrecht samt Begründung bei *Johow,* Sachenrecht II 783 ff = *Schubert,* Sachenrecht II 917 ff (Zitate auf S 784 bzw 785 im Original). Einen anderen konstruktiven Weg zur Vermeidung dinglicher Wirkungen hat zuvor schon das ALR beschritten: Es konstruiert den Eigentumsvorbehalt als auflösend bedingten Kauf, dem Verkäufer wird allerdings nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Rückübereignung eingeräumt (ALR I 11 § 266 iVm §§ 261 f). Auch dadurch wird ein Konflikt mit dem Faustpfandprinzip vermieden. – Ebenfalls explizit abgelehnt wird von *Johow* im Übrigen das justinianische Modell (Inst 2, 1, 41), wonach der Eigentumsübergang beim Kauf nur dann mit der Übergabe stattfindet, wenn der Kaufpreis bezahlt, sichergestellt oder gestundet ist; siehe *Johow,* Sachenrecht II 758 f = *Schubert,* Sachenrecht II 892 f.

522 Zum noch sehr beschränkten Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach *Johows* Entwurf und den diesbezüglichen Entwicklungen der 1. Kommission *Schubert,* Entstehung der Vorschriften 149 ff.

523 Aus den Protokollen der Beratungen der 1. Kommission, zitiert nach *Jakobs/Schubert,* Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Sachenrecht I 588 (zu §§ 929–931 BGB). – Die Motive zum 1. Entwurf halten sich mit einer Stellungnahme zum Eigentumsvorbehalt hingegen zurück: Jene zum Kaufrecht (Motive II 319 = *Mugdan* II 177) verweisen ins Sachenrecht. Im Sachenrecht werden unter dem Schlagwort »bedingte Eigentumsübertragung« die Sicherungsübereignung (die offensichtlich den größeren Stellenwert einnimmt) und der Eigentumsvorbehalt – in aus heutiger Sicht durchaus verworrener Weise – in einem behandelt. Zum Eigentumsvorbehalt ist dabei an substanziellen Äußerungen nicht viel mehr zu finden, als dass einerseits der Wille der Kontrahenten eben dahin gehen könne, dass derjenige, welchem Sicherheit verschafft werden soll, für den Fall, dass seine Befriedigung ausbleibt, »Eigentümer werden oder bleiben soll« (Motive III 337 = *Mugdan* III 187). Andererseits wird kurz die Frage aufgeworfen (jedoch nicht

Zum einen ist er hinsichtlich der Schutzadressaten unvollständig: Er vermag nur Erwerbern dinglicher Rechte an der Kaufsache zu helfen (dem Pfandrechtserwerber durch entsprechende Anwendung, vgl § 1207 BGB). Insoweit wären Versuche einer weitergehenden Absicherung immerhin denkbar gewesen: In Bezug auf ungesicherte Drittgläubiger, die sich im Vertrauen auf die im Bedarfsfall mögliche Verwertbarkeit offenbar vorhandenen Mobiliarvermögens auf Geschäfte mit dem Schuldner einlassen, hätte beispielsweise auf ein Argument zurückgegriffen werden können, das auch damals schon in der Literatur zur Rechtfertigung einer publizitätslosen Verkäufersicherheit an der Kaufsache vorgebracht worden ist: nämlich dass hier nicht bereits erworbenes Vermögen weggegeben, sondern der Sicherungsgeber/Käufer lediglich ein Vermögensstück unter einer Beschränkung erwerbe.[524] Der zweite Problempunkt ist grundsätzlicher: Mit dem Verweis auf die Möglichkeit eines Gutglaubenserwerbs lassen sich unterschiedliche Publizitätsanforderungen bei Faustpfand und Eigentumsvorbehalt nämlich nicht erklären. Mit dem Argument der ersten Kommission hätte man ebenso die Wiederzulassung der Mobiliarhypothek rechtfertigen können.

Kritische Stimmen gibt es durchaus; sie sind allerdings in Summe zu schwach. Manche fordern die Beachtung der Bestimmungen über das Faustpfandprinzip unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung ein,[525] zum Teil wird auch hier die Qualifikation als Scheingeschäft bemüht.[526] Das Gewicht dieser Äußerungen

beantwortet), ob der Gesetzgeber nicht wohltue, überhaupt eine bedingte Eigentumstradition nicht zuzulassen, »um einen Schwebezustand zu verhüten, von welchem eine gewisse Rechtsunsicherheit befürchtet werden könnte«. Dabei scheint man gerade an den Eigentumsvorbehalt gedacht zu haben, wie Verweise auf die einschlägigen Bestimmungen des preußischen ALR (I 11 §§ 261 ff, § 266) zum Eigentumsvorbehalt nahelegen.

524 So ausdrücklich *Bähr,* KritV 32 (1890) 367 (371) zur Rechtfertigung eines Pfandrechtsvorbehalts bei gleichzeitiger Geltung des Faustpfandprinzips. Einen Eigentumsvorbehalt möchte *Bähr* aus anderen Gründen nicht anerkennen (vgl oben FN 518). – Für eine nähere Diskussion des im Text referierten Arguments siehe unten III.D.1.a. unter 1.

525 *Cosack,* Sachenrecht 15; *Leist,* Sicherung von Forderungen 48, 98, 107 (sowie allgemein zur bedingten Übereignung 16 ff, 43 ff). *Cohen,* GrünhutsZ 21 (1894) 689 (724 f) zitiert ferner einen (bei Abfassen dieser Arbeit nicht zugänglichen) Beitrag von *Schember,* Annalen der großherzoglich badischen Gerichte 53 (1887) 12 ff. Bei *Cohen* (aaO 721 ff) findet sich im Übrigen eine nähere Auflistung der zu seiner Zeit vertretenen Argumente für bzw wider die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts mit Blick auf das Faustpfandprinzip. Soweit nicht im Text angesprochen, handelt es sich dabei allerdings um überwiegend formale Aspekte; etwa dass der Eigentumsvorbehalt deshalb für unproblematisch erklärt wird, weil Eigentum eben kein Pfand sei und eine gesetzliche Gleichbehandlung der Privatautonomie Gewalt antue (so die bei *Cohen* aaO 721 zitierten Literaturstimmen). – Zum Meinungsstand im 19. Jahrhundert in Deutschland auch bei *Thiemann,* Entwicklung der Eigentumsanwartschaft 57 sowie 62 ff; *W. Berger,* Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht 73 ff, beide allerdings mit Schwerpunkt auf Konstruktionsfragen, nicht auf jener der grundsätzlichen Wirksamkeit. Die großen Pandektenlehrbücher widmen dem Eigentumsvorbehalt im Übrigen durchaus Raum, gehen aber auf das mögliche Publizitätsproblem nicht ein; so bei *Windscheid/Kipp,* Pandekten I⁹ 892 ff; *Dernburg,* Pandekten I⁷ 497 ff.

526 So bei *Schember* aaO, zitiert nach *Cohen,* GrünhutsZ 21 (1894) 689 (725).

wird allerdings zum Teil schon dadurch relativiert, dass sie einerseits die Unvereinbarkeit des Eigentumsvorbehalts mit dem Publizitätsprinzip anprangern,[527] andererseits das wirtschaftliche Bedürfnis nach einer dinglichen Verkäufersicherung anerkennen und mehr oder weniger offen einräumen müssen, keine bessere Lösung anbieten zu können.[528] Wenn vom wirtschaftlichen Bedürfnis die Rede ist, liegt der Fokus auf den beiden Kaufvertragsparteien, deren Interessen sich durch das Instrument Eigentumsvorbehalt vortrefflich wahren lassen;[529] nicht auf der Perspektive Dritter. Und auch wenn Probleme angesprochen werden, die in Zusammenhang mit Eigentumsvorbehalten in der Praxis auftreten, steht nicht der Publizitätsaspekt (und damit die Drittperspektive) im Vordergrund, sondern der Schutz des wirtschaftlich schwächeren Käufers gegenüber dem Verkäufer: Die gegen Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland weit verbreiteten Abzahlungskaufverträge[530] sehen weitgehend vor, dass der Verkäufer bei Zahlungsverzug die Sache zurücknehmen kann (wofür idR ein Eigentumsvorbehalt vorgesehen ist), ohne aber zur Rückzahlung bereits geleisteter Raten verpflichtet zu sein.[531] Diesem offensichtlichen Missstand hat noch vor Inkrafttreten des BGB der Gesetzgeber abgeholfen: Das 1894 erlassene Gesetz über Abzahlungsgeschäfte lässt in seinem Anwendungsbereich dem Verkäufer bei Zahlungsstockung nur die Möglichkeit, entweder die Sache beim Käufer zu belassen und weiterhin den Kaufpreis zu begehren, oder vom Vertrag zurückzutreten, in welchem Fall beide Seiten die

527 Besonders deutlich *Cohen,* GrünhutsZ 21 (1894) 689 (720); auch *Leist* (aaO FN 525) gehört hierher.

528 *Leist,* Sicherung von Forderungen 107 spricht als Möglichkeiten ein gesetzliches Folgerecht *(droit de suite),* ein auf bestimmte Zeit beschränktes gesetzliches Pfandrecht oder letztlich auch die Zulassung eines vertraglichen Pfandrechtsvorbehalts an, räumt aber ein, dass seine Untersuchung hierfür nicht die genügende Grundlage biete. *Cohen,* GrünhutsZ 21 (1894) 689 (730 ff) verknüpft die Frage des Eigentumsvorbehalts mit jener nach der Wiedereinführung der Mobiliarhypothek, bietet allerdings ebenfalls keinen konkreten Lösungsvorschlag.

529 Auch hierzu näher *Cohen,* GrünhutsZ 21 (1894) 689 (723 f): Der Käufer habe lediglich ein Nutzungsinteresse an der noch nicht abbezahlten Sache; als Kreditunterlage könnte er sie, wenn er sie denn nutzen muss, wegen des geltenden Faustpfandprinzips ohnehin nicht verwenden. Dem Verkäufer gehe es einzig um eine Realsicherheit für den Kaufpreis. Beiden Parteiintentionen werde das Konzept der unter Suspensivbedingung übereigneten Sache in vollem Maße gerecht.

530 Zu den Hintergründen des starken Anstiegs solcher Absatzgeschäfte etwa *Thiemann,* Entwicklung der Eigentumsanwartschaft 51 ff.

531 Hierzu einführend *Maaß,* Geschichte des Eigentumsvorbehalts 304 f mwN; *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann,* HKK BGB III/1 § 449 Rn 8; vgl auch die in FN 517 referierte E RGZ 7, 147 zu einem Grundstückskauf. – Näher zum Phänomen der Abzahlungsgeschäfte im 19. Jahrhundert und den damit verbundenen Problemen, von denen das im Text referierte nur eines und mit Abstand nicht das brennendste gewesen zu sein scheint, siehe *Benöhr,* Konsumentenschutz vor 80 Jahren – Zur Entstehung des Abzahlungsgesetzes vom 16. Mai 1894, ZHR 138 (1974) 492; *Schubert,* Das Abzahlungsgesetz von 1894 als Beispiel für das Verhältnis von Sozialpolitik und Privatrecht in der Regierungszeit des Reichskanzlers von Caprivi, ZSSt GermAbt 102 (1985) 130, beide mwN.

empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben. Entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.[532] Der Eigentumsvorbehalt selbst wird durch dieses Gesetz nicht beschränkt.

Gleiches gilt für § 455 BGB (die Vorläuferbestimmung des heutigen § 449 BGB), mit dem die zweite Kommission auf den mehrfach geäußerten Wunsch nach Regelung des Eigentumsvorbehalts **im BGB** selbst reagiert. Der gesetzgeberische Eingriff beschränkt sich auf ein Minimum und umfasst zwei Auslegungsregeln: Wird beim Kauf einer beweglichen Sache vereinbart, dass sich der Verkäufer das Eigentum an der Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehält, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und dass der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers zum Rücktritt berechtigt ist. In den Beratungen zu dieser Bestimmung – also im Rahmen des Kaufrechts – betont die Mehrheit die Notwendigkeit von Auslegungsregeln und die Legitimität des Sicherungsinteresses des Verkäufers. Inhaltlich widmet man sich sodann in erster Linie der Frage, ob die Bedingung im Zweifel eine aufschiebende oder eine auflösende sein soll.[533] Eine Minderheit hat zwar noch einmal auf die fehlende Kompatibilität des Eigentumsvorbehalts mit den Grundsätzen des Faustpfandprinzips hingewiesen und vorgeschlagen, die Übereignung unter der Bedingung der vollständigen und rechtzeitigen Kaufpreiszahlung auszuschließen.[534] Die Mehrheit schiebt eine Auseinandersetzung mit dieser Frage allerdings für die späteren Beratungen zum Sachenrecht auf und geht bis dahin vom 1. Entwurf aus, wonach die bedingte Übereignung als zulässig anzusehen sei.[535] Bei dieser späteren Gelegenheit scheint die Frage dann äußerst kurz abgehandelt worden zu sein: Es »wurde von mehreren Seiten bemerkt, daß die in den Mot. S. 338 gegen die Möglichkeit einer suspensiv bedingten Eigenthumsübertragung erhobenen Bedenken nicht als begründet anzuerkennen seien. Ein Widerspruch wurde gegen diese Bemerkung von anderer Seite nicht laut«.[536] Bei den in Bezug genommenen Bedenken wird es sich um den an der zitierten Stelle angesprochenen Gesichtspunkt handeln, »einen Schwebezustand zu verhüten, von welchem eine gewisse Rechtsunsicherheit befürchtet

532 §§ 1, 5 des Gesetzes Nr 2176 betreffend die Abzahlungsgeschäfte, RGBl 1894, 450. Sachlich setzt das Gesetz Zahlung des Kaufpreises in mindestens zwei Raten voraus; in persönlicher Hinsicht, dass der Käufer nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist (§§ 1, 8). Im Fall des Rücktritts kann der Verkäufer neben der Sachrückgabe keine Zahlungen verlangen, die über die in § 2 leg cit geregelten Schadenersatzansprüche (die Verschulden bzw Vertretenmüssen voraussetzen) und Abgeltungen für Gebrauch bzw Benutzung hinausgehen.

533 Protokolle II 1759 ff = *Mugdan* II 781 f.

534 Protokolle II 1758 f = *Mugdan* II 781.

535 Protokolle II 1760 = *Mugdan* II 782.

536 Soviel (und nicht mehr) aus den Beratungen um §§ 929 ff BGB in Protokolle III 3690 f = *Mugdan* III 627.

werden könnte«.[537] Eine Begründung der zweiten Kommission, warum diese Bedenken nicht durchschlagen sollen, ist nicht dokumentiert. Insbesondere aber handelt es sich beim Problem der Rechtsunsicherheit durch Schwebezustände gar nicht um die für das Mobiliarsicherungsrecht zentrale Frage, ob bzw aus welchen Gründen der Eigentumsvorbehalt mit dem beim Faustpfand festgeschriebenen Publizitätsprinzip kompatibel ist. Dieser Aspekt spielt offenbar keine Rolle mehr. Einer tiefgehenden Prüfung dieser Frage ist der Eigentumsvorbehalt in der deutschen Kodifikationsgeschichte somit glücklich ausgewichen.

Ein Letztes sei hier vermerkt: Auch jene deutschen Partikularrechte, die – wie das preußische ALR[538] – den dinglich wirkenden Eigentumsvorbehalt zu verhindern gesucht haben, konnten der »Omnipotenz des wirthschaftlichen Bedürfnisses« nichts anhaben, »das, wenn man ihm den einen Weg versperrt, einen anderen findet, auf dem es sich durchzusetzen vermag«.[539] Die Kautelarpraxis hat dort das im Wesentlichen gleiche Ergebnis durch sog »**Möbelleihverträge**« erreicht. Dabei wird ein beweglicher Gegenstand gegen einen periodischen Mietzins unter der Verabredung vermietet, dass, wenn die Summe der Mietentgelte einen bestimmten festgesetzten Betrag erreicht hat, der Gegenstand in das Eigentum des Mieters übergehen soll. Die Parallele zum modernen Finanzierungsleasing als äquivalente Sicherungs- und Finanzierungsform zum Verkauf unter Eigentumsvorbehalt ist unübersehbar. Ebenso deutlich wird Folgendes: Will ein Gesetzgeber das unweigerliche Ausweichen der Praxis zwischen den Buchstaben des Gesetzes verhindern, muss auch er so weit als möglich am wirtschaftlichen Ergebnis ansetzen, das es zu verhindern gilt, und alle funktional äquivalenten rechtlichen Erscheinungsformen gleichbehandeln. Das erwähnte Gesetz betreffend Abzahlungsgeschäfte ist dieser Einsicht – für die von ihm verfolgten Zwecke – bereits ausdrücklich gefolgt.[540]

---

537 So in Motive III 338 = *Mugdan* III 187.

538 Oben FN 521.

539 *Cohen,* GrünhutsZ 21 (1894) 689 (726). Dort 726 f (mwN) auch zum Folgenden. Näher zum »Möbelleihvertrag« gerade vor dem Hintergrund der Eigentumsvorbehaltsregeln des ALR ferner *Thiemann,* Entwicklung der Eigentumsanwartschaft 59 ff; als Folge des Faustpfandprinzips diskutiert bei *Wernick* in *Adams/Wilke* et al, Gutachten aus dem Anwaltstande V 376 (381).

540 § 6 leg cit (FN 532) bestimmt: »Die Vorschrifte der §§. 1 bis 5 finden auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts (§. 1) in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch miethweise Ueberlassung der Sache zu erreichen, entsprechende Anwendung, gleichviel ob dem Empfänger der Sache ein Recht, später deren Eigenthum zu erwerben, eingeräumt ist oder nicht.« – Vgl aus den Beratungen der 2. Kommission auch Protokolle II 1760 = *Mugdan* II 782: Komme das Gesetz nicht dem berechtigten Verlangen des Verkäufers nach einer Sicherungsmöglichkeit durch Eigentumsvorbehalt entgegen, »so werde der Verkehr andere Auswege zu finden wissen, zB. durch Abschluß von Miethverträgen, und die Lage der wirthschaftlich Schwachen, die zu verbessern man doch bestrebt sei, würde noch verschlechtert werden«.

b. Österreich

1. In den Vorarbeiten zum ABGB begegnen zunächst Konzepte, die eine Sicherung des Verkäufers für seinen Kaufpreisanspruch schon von Gesetzes wegen vorsehen: Zwar spricht sich der Referent *Zencker* bei den Beratungen zum Pfandrecht des Codex Theresianus gegen das im damaligen böhmischen Recht verwirklichte Modell eines »stillschweigenden« (dh gesetzlichen) Pfandrechts des Verkäufers zur Sicherung des Kaufpreises aus.[541] Im Kaufrecht gibt man der böhmischen Praxis dann aber doch relativ weitgehend nach:[542] Nach dem aus Inst 2, 1, 41 bekannten Muster bewirkt beim Fahrniskauf die Übergabe solange nicht den Übergang des Eigentums an den Käufer, »bis daß nicht das Kaufgeld entrichtet, oder von dem Verkaufer geborget worden…«. Das Recht des Verkäufers, die Sache widrigenfalls kraft seines Eigentums zurückzufordern, wird allerdings eingeschränkt auf den Fall, dass die Sache beim Käufer noch vorhanden ist. Hingegen kann ein Dritter, der die Sache »von dem Kaufer mit guten Glauben rechtmäßig an sich gebracht, derowegen vom Verkaufer nicht angefochten werden« (Codex Theresianus III 9 n 127). Vorgesehen ist also eine Art Folgerecht, das durch gutgläubigen Dritterwerb begrenzt ist. Die nachfolgende Bestimmung widmet sich dann der aus der Rezeption von Inst 2, 1, 41 sattsam bekannten Streitfrage, wann denn nun eine Kreditierung (»Borg«) des Kaufpreises anzunehmen sei. Zur Vermeidung von Streitigkeiten sollen hierunter nur solche Sachverhalte fallen, in denen entweder der Verkäufer Zahlungsfristen gewährt oder einen Teil des Kaufgeldes angenommen hat; ebenso wenn der Verkäufer die »unter anhaftender Zahlung dem Kaufer verabfolgte« (dh in Erwartung von Barzahlung übergebene) Sache nicht binnen acht Tagen ab Übergabe zurückerhalten oder binnen dieser Frist diesbezüglich um gerichtliche Hilfe angesucht hat (Codex Theresianus III 9 n 128). Der »Borg« setzt also nicht unbedingt eine Kreditierungsvereinbarung vor dem bzw im Übergabezeitpunkt voraus.

Dieses Konzept wird im Entwurf Horten im Wesentlichen beibehalten.[543] Der Entwurf Martini (III 6 §§ 16 f)[544] vereinfacht es geringfügig: War für den Kaufpreis

541 Siehe FN 4 zu Codex Theresianus II 30 n 17–32 in *Harras von Harrasowsky,* Codex Theresianus und seine Umarbeitungen II (1884) 521; vgl auch *Harras von Harrasowsky,* Geschichte der Codification 111.

542 *Harras von Harrasowsky,* Geschichte der Codification 115 f bemerkt hierzu treffend, »[g]anz consequent« habe »man aber an der Forderung des Titels nicht fest[gehalten]«, da nach dem Hauptstück über Kaufverträge eine besondere Einräumung eines Pfandrechts für einen rückständigen Kaufschilling überflüssig werde (vgl sogleich im Text).

543 Entwurf Horten III 9 § 59 enthält ebenfalls das durch gutgläubigen Dritterwerb begrenzte Folgerecht, § 61 eine im Wesentlichen entsprechende Auslegungsregel, wann eine Sache als »auf Borg« gekauft anzusehen sei.

544 Entsprechend Urentwurf III §§ 189 f. In 1. Lesung wurde der »Entlehner« zum »Verwahrer«, um nicht dem Käufer ein Gebrauchsrecht bei gleichzeitiger Gefahrtragung durch den Verkäufer zuzubilligen; vgl *Ofner,* Protokolle II 90 f.

eine Zahlungsfrist bestimmt, geht Eigentum mit Übergabe sofort über (§ 16, »auf Borg gegeben«). »Wenn hingegen von keiner Zahlungsfrist die Rede gewesen, und der Verkäufer binnen dreier Tage nach erfolgter Uebergabe und Uebernahme weder den Preis, noch seine Waare fordert, so ist auch anzunehmen, daß der Kaufschilling stillschweigend geborgt worden sei. Während dieser drei Tage ist der Käufer als ein Entlehner zu betrachten« (§ 17). Im Fall des § 17 gilt somit der Verkäufer immerhin während der ersten drei Tage noch als Eigentümer, kann als solcher also ein Rückforderungsrecht ausüben. Während § 16 in Gestalt des nunmehrigen § 1063 ABGB die weiteren Beratungen im Wesentlichen überdauert, wird die zweitgenannte Bestimmung im Zuge der Revision des Urentwurfs gestrichen. Über die Gründe wird bei *Ofner* Folgendes berichtet:[545] »Das Präsidium fand, daß hier die ganze Natur des Kaufgeschäftes auf einmal verändert werde, wovon es keinen hinlänglichen Grund einsah; denn sind Zahlungsfristen bedungen, so halte man sich daran; sind keine bedungen, nun wohl, so zahle man gleich! Dieß sei ein Kaufvertrag, und nur von diesem sei die Rede. Ein Darlehensvertrag könne nicht präsumiert werden, sei aber hier schon auf keinen Fall einzumengen. Es wäre also dieser Paragraph wegzulassen, und auf der allgemeinen Regel zu beharren, daß der Kauf geschlossen bleibe, und der Kaufschilling, wann immer, begehrt werden könne.« Dies findet allgemeine Zustimmung. Es ist also die »schuldrechtliche Seite« der Bestimmung, die implizierte Kreditierungsabrede im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, an der sich die Kommission stößt und die den Wegfall der Regelung bewirkt. Über den hier primär interessierenden sachenrechtlichen Aspekt, die Sicherung des Verkäufers durch (gesetzliches) Hinauszögern des Eigentumsübergangs, findet augenscheinlich keine Beratung statt. Der im Entwurfstext enthaltene, unmittelbare Anlass für eine derartige Diskussion hat sich durch Streichung der Norm ja soeben erledigt. Damit **fehlt** für die Kodifikationsgeschichte des ABGB freilich leider auch jede – jedenfalls jede dokumentierte – Auseinandersetzung mit der Frage, **ob** eine **publizitätslose Sicherung** der Kaufpreisforderung durch Verbleib des Eigentumsrechts beim Verkäufer mit den sonst für Mobiliarsicherungen aufgestellten Publizitätsanforderungen für kompatibel angesehen wird. Der Umstand, dass sich das skizzierte Regelungskonzept über so viele Entwurfsebenen gehalten hat und letztlich »nur« aus hier nicht weiter relevanten schuldrechtlichen Erwägungen beseitigt worden ist, spricht wohl dafür, dass man entweder den Publizitätsaspekt für unproblematisch gehalten oder schon die Frage nicht gesehen hat.[546]

545 *Ofner,* Protokolle II 412.

546 Die Frage der Drittperspektive bzw Publizität klingt dann auch weder bei *Zeiller* (Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/1 [1812] 362 ff zu § 1063 ABGB) noch in den Kommentarwerken an der Wende zum 19. Jahrhundert an, in denen im Kontext des § 1063 ABGB der Eigentumsvor-

2. Nach Inkrafttreten des ABGB ist die Beurteilung des (durch Parteienabrede begründeten) Eigentumsvorbehalts an beweglichen Sachen keineswegs geradlinig verlaufen: Jene grundlegende Entscheidung des OGH, die die konzeptionelle Erfassung des Eigentumsvorbehalts im Jahre 1916 schließlich im Sinne des BGB-Modells klärt, berichtet davon, dass der Eigentumsvorbehalt in der Judikatur lange Zeit als unzulässig beurteilt worden ist. Denn es sei als wesentliche Wirkung jedes Kaufvertrags, auch eines Verkaufs »auf Borg« iSd § 1063 ABGB, angesehen worden, dass »die Übergabe an den Käufer eine Eigentumstradition sei«.[547] Mit anderen Worten: § 1063 ABGB wurde hinsichtlich der Übereignungswirkung als zwingende Norm aufgefasst. Den äußeren Anlass zur Änderung dieser Judikatur habe dann das »Bedürfnis der Verkäufer nach Schutz gegen unredliche Veräußerungen oder Verpfändungen der Kaufgegenstände durch die Käufer (besonders Ratenkäufer)« gegeben. »Es handelte sich darum, die Verkäufer dagegen nach Möglichkeit zu sichern, und das wirksamste Mittel hiezu bot die Annahme der Zulässigkeit des Eigentumsvorbehaltes bis zur völligen Abstattung des Kaufpreises durch den Käufer.«[548]

Das ist eine bemerkenswerte Begründung, nicht nur wegen ihres offenen rechtspolitischen Charakters: Der Konflikt, den es hier zu entscheiden gilt, ist jener zwischen einem publizitätslos gesicherten Gläubiger (dem Verkäufer) und einem Dritten, der vom Sicherungsgeber (Käufer) dingliche Rechte am Sicherungsgut (der Kaufsache) erwerben möchte. Der Konflikttypus ist somit derselbe wie jener zwischen Pfandgläubiger und drittem Sach- bzw Pfandrechtserwerber, den das Gesetz qua Faustpfandprinzip bekanntlich dahingehend entschieden hat, dass der Sicherungsnehmer sich nur dann durchsetzen kann, wenn der Sicherungsgeber die Gewahrsame über die Sache aufgibt. Der OGH des Jahres 1916 spricht das Problem nicht an; vermutlich sieht er es nicht, weil die Perspektive nach wie vor stark auf das Verhältnis der beiden Kaufvertragsparteien ausgerichtet ist.

Derselbe Befund drängt sich bei Durchsicht von Judikatur aus dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts auf. Darin bekennt sich der OGH, mit unterschiedlichen konzeptionellen Vorstellungen und teilweise noch gegen Widerstand der Untergerichte, zur Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts. Die Frage der fehlenden Erkennbarkeit des Sicherungsinstruments für Dritte findet in dieser Recht-

behalt durchaus diskutiert wird; vgl etwa *Krapf* in *Stubenrauch* (Begr), ABGB II[8] (1903) § 1063 Rz 3 (Seite 286 f).

547 OGH Präs 176/16, AmtlSlgNF 1.712 = JB 246; konkrete Nw aus der früheren Rsp werden nicht angeführt.

548 Siehe wiederum OGH Präs 176/16, AmtlSlgNF 1.712 = JB 246. An späterer Stelle wird etwas relativierend festgehalten, der Sicherungszweck zugunsten des Verkäufers werde durch den Eigentumsvorbehalt verwirklicht, »soweit es nur mit Rücksicht auf die §§ 367 und 456 ABGB. überhaupt möglich ist«.

sprechung soweit ersichtlich keinerlei Erwähnung – obwohl sie eigentlich in der Luft hätte liegen müssen: Denn durchwegs ergehen diese Entscheidungen zu Klagen des Vorbehaltsverkäufers gegen (ursprünglich ungesicherte) Drittgläubiger des Käufers, die für ihre Forderungen Exekution in die Kaufsache führen, allem Anschein nach nicht ahnend, dass diese unter Eigentumsvorbehalt steht.[549] Die Argumente für bzw wider die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts sind allerdings stets andere; selbst dann, wenn man sich der Publizitätsproblematik vermeintlich schon auf Haaresbreite angenähert hat. So hat das Berufungsgericht in einem 1880 entschiedenen Fall die Klage des Verkäufers gegen den pfändenden Drittgläubiger abgewiesen, weil es den vereinbarten Eigentumsvorbehalt unter Rückgriff auf § 916 ABGB »nach seiner wahren Beschaffenheit« als verdeckten Vorbehalt eines Pfandrechts beurteilt hat. Den Schlusspunkt der Argumentation bildet hier allerdings nicht – wie man erwarten könnte – der Gedanke, das Sicherungsrecht an der Nichteinhaltung pfandrechtlicher Publizitätsgrundsätze scheitern zu lassen, sondern ein rein formaler Aspekt: Die Klage sei abzuweisen, weil sie nicht auf Anerkennung des Pfand-, sondern des Eigentumsrechts gerichtet gewesen sei.[550]

Wie weit man damals vom heutigen Verständnis des Eigentumsvorbehalts entfernt war, illustriert die Begründung zur gegenteiligen Entscheidung des OGH in demselben Fall: Man konstruiert den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt als aus Kauf- und Mietvertrag gemischten Vertrag, wobei die Mietkomponente dem Käufer vor Zahlung des Kaufpreises ein Nutzungsrecht verschafft und bei Nichterfüllung seitens des Käufers bereits bezahlte Raten als »Mietentgelte« dem Verkäufer verfallen lässt.[551] Einen vergleichbaren Ansatz hat im Schrifttum wenig später übrigens *Pfaff* vertreten: Bei Sachübergabe finde gar keine – mit einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung ausgestattete – »Eigentumstradition« statt; eine solche werde vielmehr vorläufig gar nicht vorgenommen, sondern die Sache werde dem Käufer vorerst geliehen, verpachtet, vermietet oder zu sonstigen Zwecken überlassen.[552] Eine andere Entscheidung meint, der Erwerber habe bis zur Zahlung »nur ein zeitliches und bedingtes« Eigentum, nicht aber »ausschließliches Eigentum«.[553] Und

549 Sämtliche in den folgenden FN 550–555 zitierte Judikate betreffen Exszindierungsklagen des Verkäufer-Eigentümers gegen einen pfändenden (dh ursprünglich ungesicherten) Drittgläubiger. In allen diesen E wird die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts letztinstanzlich bejaht. – Siehe ferner OGH GlU 6.462, der allerdings kein typischer Eigentumsvorbehalt zugrunde liegt, da das verkaufte Holz bis zur Zahlung des Kaufpreises auf einem Lagerplatz auf dem Grundstück des Verkäufers zu verbleiben hatte.

550 OLG Prag als Berufungsgericht in OGH GlU 7.917.

551 OGH GlU 7.917 unter Billigung der Gründe des Erstgerichts.

552 *Pfaff,* Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, JBl 1885, 277 (279). *Pfaff* vertritt diese Konstruktion zunächst für das römische Recht (vgl auch oben II.A.1. mit FN 36) und überträgt sie sodann auf das geltende Recht.

553 OGH GlUNF 713 (aus 1899).

in einem weiteren Fall hat sich der OGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der vereinbarte Eigentumsvorbehalt als eine Umgehung des 1896 nach deutschem Vorbild erlassenen Gesetzes über Ratengeschäfte[554] ungültig sei. Dies wird vom OGH natürlich verneint. Denn der im Besonderen angesprochene § 2 dieses Gesetzes richte sich gegen den Verfall bereits gezahlter Raten im Fall des Rücktritts, nicht gegen den Eigentumsvorbehalt. Vielmehr sei, so wird an dieser Stelle berichtet, in den Motiven zu dieser Bestimmung der Eigentumsvorbehalt ausdrücklich für zulässig erachtet worden. Zudem wird ausgesprochen, dass § 1063 ABGB nicht zwingend ist, hiervon abweichende Parteienabreden also zulässt.[555]

Schlussendlich übernimmt das österreichische Recht das Modell des BGB. Der OGH – gesetzlich geregelt oder auch nur erwähnt ist der Eigentumsvorbehalt bis dahin nicht – vollzieht diesen Schritt in seiner bereits erwähnten grundlegenden Entscheidung aus 1916. Darin wird ausgeführt, die in § 455 BGB als Auslegungsregeln festgeschriebenen Inhalte würden sich für das österreichische Recht aus einer Auslegung der Parteienvereinbarung ergeben. Insbesondere ist danach »der Übereignungswille … ein bedingter« bzw »ist der Eigentumsvorbehalt dem Wesen nach eine die Übereignung aufschiebende Bedingung«.[556]

Die Sicherung der Kaufpreisschuld durch Eigentumsvorbehalt kann spätestens damit als allgemein anerkannt gelten. Die **Frage** nach möglichen Problemen in Hinblick auf **Publizitätsgrundsätze** ist bis dahin soweit ersichtlich **nicht erhoben** worden.

7. Resümee

An groben Linien lässt sich, ohne Einzelheiten zu wiederholen, Folgendes zusammenfassen: Im Pfandrecht vollziehen die Gesetzgeber der Kodifikationsära eine scharfe Abkehr vom römischen Recht, dessen Modell in diesem Bereich als erheblich unbefriedigend empfunden wird. Dankbarer Adressat einer Vielzahl

554 Gesetz betreffend Ratengeschäfte, RGBl 1896/70. Dessen Bestimmungen ähneln weitgehend jenen des oben II.B.6.1. mit FN 532 kurz referierten deutschen Pendant, insbesondere bezüglich Rücktritt und Rückabwicklung (§ 2 RatenG), gehen teilweise aber auch darüber hinaus (zB § 4 zur Gewährleistung und §§ 6 ff zu verfahrensrechtlichen Fragen, insbesondere zum Gerichtsstand). Auch das österreichische Gesetz findet »auch auf Verträge, durch welche der Zweck des Ratengeschäftes auf anderem Wege, insbesondere durch mietweise Überlassung einer Sache erreicht werden soll, sinngemäße Anwendung« (§ 9).

555 AmtlSlgNF 164 (aus 1899). Der Hinweis auf die dispositive Natur des § 1063 ABGB findet sich auch in weiteren E, etwa in OGH GlU 7.917; JBl 1908, 285 (in den Entscheidungsgründen des Erstgerichts).

556 OGH Präs 176/16, AmtlSlgNF 1.712 = JB 246 (Plenissimarbeschluss). Sinngleich in der Folge *Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse² (1928) 411 f. Die Konstruktion als aufschiebend bedingte Übereignung bei unbedingtem Kaufvertrag begegnet zuvor schon bei *Krasnopolski/Kafka,* Lehrbuch des österreichischen Privatrechts III: Österreichisches Obligationenrecht (1910) 381 f.

an Kritikpunkten ist die römischrechtliche Generalhypothek, bei der sich praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung von Prioritätsverhältnissen aufgrund gesetzlicher Generalhypotheken und Rangprivilegien, fehlende Erkennbarkeit für nachfolgende Rechtserwerber und weitere Gläubiger und zuletzt auch konstruktive Kritikpunkte wie ein ins Treffen geführter (wenngleich nicht sonderlich tiefgehend untersuchter) Verstoß gegen das Spezialitätsprinzip summieren. Dieser schlechte Ruf hat sich recht nachhaltig verfestigt und wirkt auch in jüngster Zeit noch nach. Als legislatives Mittel bedient man sich des Faustpfandprinzips, zunächst (in Preußen und Österreich) teilweise gelockert in Form einer Verpfändung durch Zeichen, später (im Deutschen Reich) in Reinform. Das Faustpfand fungiert dabei als Mittel »gegen alles«: gegen die Mobiliarhypothek im Allgemeinen und gegen ihre besondere Ausprägung als Generalhypothek im Besonderen. Es schützt in der Vorstellung der Gesetzesverfasser zunächst den Erwerber der Sache und einen späteren Pfandnehmer, erst spät – deutlich nach Einführung des ABGB in Österreich – tritt auch der Schutz ungesicherter Gläubiger als Zweck hinzu. Vielleicht ist es diese Vielzahl an Funktionen, die das Faustpfandprinzip an sich quasi unverrückbar macht.

Für das österreichische Recht bleibt es dabei auch. Die durch Besitzübertragung bzw Zeichenanbringung vermittelte Publizität wird in der Folge zum Dreh- und Angelpunkt nahezu des gesamten Mobiliarsicherungsrechts. Im deutschen Recht tut sich jedoch eine neue Schere auf. Das Faustpfand (und parallel hierzu das Anzeigeerfordernis beim Forderungspfand) stehen zwar weiter als gesetzlicher Fels in der Brandung. Nur fließt das Wasser einfach vorbei. Als Kreditsicherungsform setzt sich die Sicherungsübereignung durch, bei der Publizitätsvoraussetzungen nicht gelten sollen. Damit ist der nächste, im deutschen Recht bis heute anhaltende Pendelschlag der Rechtsentwicklung eingeleitet. Hinter dieser Anerkennung steht schlicht eine wirtschaftliche Notwendigkeit; man ist aber um dogmatische Rechtfertigung intensiv bemüht. Ähnliches ergibt sich, wenngleich der Prozess in Summe deutlich weniger kontrovers verlaufen sein dürfte, bei der Sicherungszession. Im Ergebnis entsteht der Eindruck, dass die gewählte Rechtsform der Sicherheit (Eigentumsübertragung statt Pfandrechtseinräumung) einen letztlich entscheidenden Einfluss auf rechtliche Anforderungen – konkret vor allem auf Publizitätsanforderungen – zu nehmen vermag. In Wahrheit konnten überzeugende Gründe für eine solche rechtsformabhängige Differenzierung nicht entwickelt werden. Dieser Bruch schafft eine neue Herausforderung für die Mobiliarsicherungsrechte. Die nachfolgenden Erörterungen zB des österreichischen, deutschen und niederländischen Rechts werden zeigen, dass er nach wie vor nicht völlig verheilt ist.

Ein im Grunde ähnliches Problem ergibt sich beim – ebenfalls publizitätslosen – Eigentumsvorbehalt. Das Publizitätsproblem bei dieser Sicherungsform unterscheidet sich von jenem beim Sicherungseigentum in der hier besprochenen

Epoche ähnlich wie heute vor allem dadurch, dass es nicht gesehen wird oder man leichter darüber hinwegsieht.

□

III. Problembereiche und Tendenzen im geltenden österreichischen Recht

Die Arbeit wendet sich nun dem geltenden Recht zu; zunächst dem österreichischen, sodann jenem ausgewählter weiterer europäischer Rechtsordnungen. Weiterhin soll die Aufmerksamkeit vor allem den größeren Zusammenhängen gelten und sollen Schwerpunkte dort gesetzt werden, wo das geltende Recht als unbefriedigend empfunden und Reformbedarf gesehen wird.

In diesem Sinne erweist sich für das aktuelle österreichische Mobiliarsicherheitenrecht ein Aspekt als geradezu dominant: das **Publizitätsprinzip.** In seiner Ausformung im ABGB schränkt es bekanntlich die Begründung von Realsicherheiten an Fahrnis massiv ein, da das Gesetz beim Pfand – und im Ergebnis auch bei der Sicherungsübereignung – im Wesentlichen die körperliche Übergabe des Sicherungsguts verlangt (§ 451 Abs 1 ABGB). Behalten und somit weiter nutzen kann der Sicherungsgeber die Sache nur, wenn die Voraussetzungen für eine Begründung des Sicherungsrechts durch »Zeichen« (§ 452 ABGB) vorliegen, was in der Judikatur streng und nicht immer widerspruchsfrei beurteilt wird, und wenn zudem die wiederum streng bemessenen und praktisch mitunter kaum erfüllbaren Standards für solche Zeichen erfüllt werden. Als Folge können ganz wesentliche Kategorien von Mobiliarvermögen de facto nicht oder nur mit großem Risiko für den Sicherungsnehmer als Kreditgrundlage genutzt werden. Hierin liegt die wohl gravierendste Unzulänglichkeit des geltenden Rechts.

Fragt man nach Entwicklungstendenzen in Bezug auf Verständnis und Handhabung des Publizitätsprinzips, so ergibt sich gerade für das Fahrnisrecht ein deutlicher und zumindest für Außenstehende möglicherweise überraschender Befund: Die Tendenz seit Inkrafttreten des ABGB ist eine steigende; in Rechtsprechung und Lehre zeigt sich vielfach eine Verschärfung der angelegten Publizitätsanforderungen.[557] Beispiele werden folgen. Besonders deutlich zeigt sich diese Entwicklung in der Anwendung des bereits erwähnten § 452 ABGB zur Verpfändung mittels Zeichen. Daneben hat sich nach einigen Wirren die analoge Anwendung pfandrechtlicher Publizitätserfordernisse auf Sicherungsübereignung und Sicherungszession durchgesetzt. Das Publizitätsprinzip dominiert ferner die Begrenzung von Gestaltungsmöglichkeiten beim Eigentumsvorbehalt, dem einzigen Mobiliarsicherungsinstrument, das nach hA (in Form des einfachen Eigentums-

557 Gleicher Befund bei *Migsch* in FS Welser 711; *Kaller,* Sicherungszession 8 ff; vgl auch *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON$^{1.03}$ (2017) §§ 451, 452 Rz 2.

vorbehalts) keiner Publizität bedarf. Die Kritik an dieser Ausnahme nimmt wohl eher zu als ab. Und schlussendlich wird auch in rechtspolitischer Hinsicht vielfach eine weitere Verstärkung des Publizitätsprinzips eingemahnt.[558]

Leitbild und primärer Regelungsgegenstand der österreichischen Gesetzgebung im Mobiliarsicherungsrecht ist das Pfandrecht an Fahrnis.[559] Die dafür geschaffenen Regelungen bilden letztlich den rechtlichen Rahmen für die Beurteilung aller anderen Sicherungsformen. Dem folgt im Wesentlichen auch der Aufbau der anschließenden Erörterung. Auch hier steht das Fahrnispfand am Anfang und schließt eine Diskussion der wesentlichen Regeln im Allgemeinen ein. Dieser Teil wird einer verhältnismäßig ausführlichen Diskussion unterzogen, weil die praktischen Insuffizienzen des österreichischen Rechts in diesem Bereich insgesamt am drückendsten sind (III.A.). Es folgen das Pendant aus dem Kreis der Vollrechtssicherungen, die Sicherungsübereignung (III.B.) sowie die für die Besicherung mittels Forderungen in der Praxis allein bedeutende Sicherungszession (III.C.). In diesen Bereichen werde ich mich stärker auf grobe Entwicklungstendenzen und solche Aspekte beschränken, die in Zusammenhang mit allfälligen künftigen Entwicklungen von besonderem Interesse erscheinen. Die Erörterung schließt mit Beobachtungen zum Eigentumsvorbehalt (III.D.) und einem Seitenblick auf Aspekte der Verwertung und auf sonstige gesetzlich nicht geregelte Transaktionen, denen funktional ein Sicherungszweck innewohnen kann, wie das Leasing oder Sale-and-lease-back (III.E.). Ausgeklammert bleiben – entsprechend der allgemeinen Schwerpunktsetzung im Rahmen dieser Arbeit – die Begründung von Sicherungsrechten an Wertpapieren aller Art, an Gesellschaftsanteilen sowie an Immaterialgüterrechten.[560] Die Bestimmungen über Finanzsicherheiten nach dem FinSG[561] – an sich nicht Gegenstand dieser Untersuchung – werden in einzelnen Punkten gestreift.

---

558 Siehe allgemein *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1390 f und passim), der für eine Entwicklung in Richtung »größtmöglicher und möglichst umfassender Publizität« plädiert. Zur Sicherungszession etwa *Ertl,* Die Geheimpublizität der elektronischen Sicherungszession, JBl 2002, 197; zum Eigentumsvorbehalt namentlich *Aichinger,* ZfRV 2010, 273; allgemein auch *Kaller,* Sicherungszession 30 f.

559 Das gilt für die §§ 447 ff, 1368 ff ABGB, die den Urbestand der Pfandrechtsregeln des ABGB ausmachen, ebenso wie für die durch das HaRÄG mit Wirkung vom 1.1.2007 eingeführten §§ 460a, 466a ff ABGB zur außergerichtlichen Pfandverwertung, die für bewegliche körperliche Sachen einschließlich Inhaber- und Orderpapieren gelten. Von den Regelungen der Stammfassung erwähnt lediglich der kraft Verweises in § 452 ABGB anwendbare § 427 ABGB »Schuldforderungen«; die praktisch bedeutungslosen §§ 454 f ABGB zur Pfandrechtsbegründung an einem Pfandrecht (Afterpfand) widmen sich einem singulären Fall des Pfandrechts an sonstigen Rechten. Eine wesentliche, unionsrechtlich vorgegebene Ausnahme bilden nunmehr lediglich die Bestimmungen über Finanzsicherheiten im FinSG.

560 Zu diesen Bereichen siehe etwa *Böhler,* Verpfändung von Sparbüchern, passim; *B. Koch* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 435 (Rz 7/1 ff); *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 137 ff; *Torggler,* ÖBA 1998, 430; *G. Koziol,* Lizenzen als Kreditsicherheiten, passim. Vgl auch die weiteren Nw in FN 28.

561 BGBl I 2003/117 idF BGBl I 2013/184.

A. Fahrnispfand

1. Allgemeines; Faustpfand

a. Begründungsvoraussetzungen im Allgemeinen, Form und Verfügungsgeschäft

1. Hinsichtlich seiner Begründungsvoraussetzungen folgt das Pfandrecht zunächst dem allgemeinen Modell der Übertragung bzw Begründung dinglicher Rechte im ABGB:[562] Der derivative Erwerb eines Pfandrechts erfordert demnach (1) Eigentum oder sonstige Verfügungsbefugnis des Pfandbestellers am Sicherungsgut, (2) ein wirksames schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft (typischerweise ein Pfandbestellungsvertrag[563]), (3) ein wirksames sachenrechtliches Verfügungsgeschäft sowie (4) das Setzen eines tauglichen Publizitätsakts. Zudem muss, was man durchaus als eigenständige Voraussetzung werten kann, (5) feststehen, auf welches Objekt bzw welche Objekte sich das Pfandrecht bezieht (sachenrechtliches Spezialitätsprinzip). Auch muss (6) das Pfandobjekt existieren, damit sich das dingliche Recht darauf beziehen kann. Auf manche dieser Voraussetzungen wird weiter unten noch näher einzugehen sein.[564]

Zu diesen sechs »allgemein-sachenrechtlichen« Voraussetzungen tritt beim Pfandrecht (7) der Grundsatz der Akzessorietät hinzu. Zweck des Pfandrechts ist die Sicherung einer Forderung. Ist diese ungültig, entsteht auch kein Pfandrecht; ist sie getilgt oder anderweitig erloschen, erlischt das Pfandrecht mit ihr (§ 449 Satz 1, § 469 Satz 1 ABGB).[565] Auf ein Spezialproblem in diesem Zusammenhang, die Pfandbestellung für zukünftige Forderungen, wird weiter unten eingegangen;[566] ebenso auf eine weitere Voraussetzung, die sich aus dem Bezug des Pfand-

---

562 Vgl bloß *Eicher,* Das Pfandrecht an beweglichen Sachen, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX² (2012) 9 ff (Rz 1/17 ff) mwN; *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 199 ff (Rz 10/1 ff); aus der älteren Literatur etwa *Pfersche,* Grundriß des Sachenrechts² (1911) 61 f. Rechtsgrundlagen sind im Wesentlichen die §§ 451 f ABGB, zum »Pfandvertrag« §§ 1368 f ABGB.

563 Die durch die Einordnung des vom Gesetz in § 1368 ABGB vorgesehenen »Pfandvertrags« als Realvertrag, der erst mit Übergabe der beweglichen Sache an den Gläubiger zustande kommt, entzündete Diskussion, ob ein vor Übergabe abgeschlossenes Verpflichtungsgeschäft als Vorvertrag iSd § 936 ABGB zu werten sei, ist heute zutreffend im verneinenden Sinne erledigt. Der – gesetzlich nicht geregelte aber in der Praxis allein bedeutsame – Pfandbestellungsvertrag kommt durch bloße Willenseinigung zustande. Abschließend zur Diskussion *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 101 ff mwN.

564 Zu den beim Fahrnispfand tauglichen Formen der Übergabe noch in diesem Kapitel III.A.1. unter 3. sowie zur symbolischen Übergabe unten III.A.2. Zum Spezialitätsprinzip unten III.A.2.c.(ii.) (zum Fahrnispfand) und III.C.2.a. (zur Sicherungszession).

565 Ausführlich – rechtsformübergreifend – *Böhler,* Allgemeiner Teil des Kreditsicherungsrechts, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VIII² (2012) 20 ff (Rz 1/35 ff); zum Pfandrecht etwa *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB III⁵ (2020) § 449 Rz 2 ff, § 469 Rz 1.

566 Siehe unten III.A.3.

rechts auf eine zu sichernde Forderung ergibt, nämlich (8) die Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung.[567]

2. Zu zwei der genannten Voraussetzungen sei an dieser Stelle auf aktuelle Diskussionspunkte hingewiesen: Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft kann nach ganz hA **formfrei** abgeschlossen werden.[568] In jüngerer Zeit wird allerdings im Fall der Drittpfandbestellung von manchen in Analogie zur Bürgschaft (§ 1346 Abs 2 ABGB) zum Zweck der Warnung des interzedierenden Pfandbestellers die Schriftlichkeit seiner Verpflichtungserklärung gefordert.[569] *Vollmaier,* der die Frage am ausführlichsten untersucht hat, nimmt die Bestellung eines Faustpfands von einer solchen Analogie allerdings wieder aus, da dem Sicherungsgeber bei Abschluss des obligatorischen Vertrags typischerweise sehr klar sei, dass er die Sache aus der Hand wird geben müssen und uU nicht mehr zurückerhält.[570] ME überzeugen die Argumente für eine analoge Anwendung des § 1346 Abs 2 ABGB de lege lata letztlich nicht.[571] Die Frage braucht hier nicht näher vertieft zu werden, da sie sich in der österreichischen Diskussion als rein schuldrechtliches Problem darstellt und auch die Vertreter der Analogiethese bei nachfolgendem Setzen des Publizitätsakts (mit dem spätestens auch die Einwilligung in das Verfügungsgeschäft angenommen wird können) gemäß § 1432 ABGB von einer Heilung des Titelgeschäfts ausgehen.[572] Die Pfandbestellung wäre also, Vornahme des Modus vorausgesetzt, nicht endgültig vereitelt.

Eine Sonderregel statuiert übrigens § 4 Abs 1 FinSG. Nach dessen Satz 1 muss »[d]ie Bestellung von Finanzsicherheiten … schriftlich nachweisbar sein«. Auch diesem Erfordernis kommt keine konstitutive Wirkung im herkömmlichen Sinne

---

567 Hierzu unten III.A.3.b.

568 Vgl etwa OGH 5 Ob 250/71, EvBl 1972/86; 1 Ob 88/73, SZ 46/57; *Klang* in *Klang* (Hrsg), ABGB VI[2] (1978) 251 f; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 9 f (Rz 1/18); *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] 193 (Rz 9/20); *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] (2017) §§ 1368, 1369 Rz 3; *Rassi* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang[3] (2020) § 1368 Rz 13; *W. Faber* in *Schwimann/Kodek,* ABGB VI[4] §§ 1368, 1369 Rz 2 (dort auch wN).

569 Vgl *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB[6] (2020) § 1346 Rz 12; vorsichtig auch *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht VIII[2] 83 f (Rz 1/135); »jedenfalls de lege ferenda« *P. Bydlinski/F. Bydlinski,* Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 74 f. Ausführlich zur Frage *Vollmaier,* Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545, der Formpflicht für die Pfandbestellung an Liegenschaften und Rechten bejaht.

570 *Vollmaier,* JBl 2005, 545 (555). De lege ferenda würde er die Formpflicht allerdings auch für diesen Bereich befürworten (aaO 558).

571 Zu den Gründen vgl *W. Faber* in *Schwimann/Kodek,* ABGB VI[4] §§ 1368, 1369 Rz 2: Neben dem bereits von *Vollmaier* ins Treffen geführten, vor FN 570 referierten Gesichtspunkt ist zu beachten, dass typischerweise über tatsächlich vorhandenes Vermögen disponiert wird und laufendes Einkommen im Gegensatz zu Fällen der Übernahme einer persönlichen Haftung jedenfalls unberührt bleibt. Eine Ausnahme könnte allenfalls bei der Verpfändung zukünftiger Forderungen in Betracht kommen *(W. Faber* aaO FN 24).

572 *Vollmaier,* JBl 2005, 545 (565).

zu; es genügt, wenn der schriftliche Nachweis nach der für die Bestellung konstitutiven »Besitzverschaffung« (§ 3 Abs 1 Z 16 FinSG) möglich ist.[573] Um Übereilungsschutz geht es hier nicht. Die Regel dient Beweiszwecken.

3. Eine andere – im Ergebnis primär akademische – Frage geht dahin, in welchem Zeitpunkt bei der Pfandrechtsbegründung mangels eindeutiger Erklärungen der Parteien der Abschluss des **Verfügungsgeschäfts** anzunehmen ist. Das jüngere Schrifttum folgt hier zum Teil der zur Übereignung entwickelten Auffassung,[574] wonach die Willenseinigung über die Verfügung mit bindender Wirkung bereits zeitgleich mit dem obligatorischen Grundgeschäft erfolge und nicht erst bei der allenfalls später vorgenommenen Übergabe der Pfandsache bzw Anbringung von Zeichen.[575] Dagegen ging der OGH – zur Bestellung von Sicherungseigentum, für die Verpfändung müsste aber Gleiches gelten – zuletzt ausdrücklich davon aus, dass der »Traditionswille« im Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe bzw bei der Anbringung von Zeichen im Fall von § 452 ABGB »noch fortwirken« muss. Den Traditions- bzw Übernahmswillen setzt der OGH in dieser Entscheidung recht deutlich mit der »Willensübereinstimmung zur Übertragung von Sicherungseigentum« (bzw zur Begründung des Pfandrechts) gleich, also mit der dinglichen Einigung. Folgerichtig hält er es auch für möglich, dass der Sicherungsgeber nach

573 So *Krumhuber/Zahradnik,* Finanzsicherheiten-Gesetz – Kurzkommentar² (2012) 69. Die »Besitzverschaffung« selbst soll gewährleisten, dass der Sicherungsnehmer bei Eintritt des Sicherungsfalls tatsächlich in der Lage ist, über das Sicherungsobjekt zu verfügen; vgl EuGH Rs C-156/15, *Private Equity Insurance Group/Swedbank,* Rn 40 ff.

574 Aus der Literatur etwa *Spielbüchler,* Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl 1971, 589 (592 ff); *Spielbüchler,* Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 101 ff; *F. Bydlinski,* Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in FS Larenz (1973) 1025 (1034 ff); *F. Bydlinski* in *Klang* (Hrsg), ABGB IV/2² (1978) 370 ff; *Aicher* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ (2017) § 1061 Rz 18 und § 1063 Rz 39; *Pletzer,* Doppelveräußerung und Forderungseingriff (2000) 26 f. Der OGH ist dem gefolgt, siehe etwa OGH 3 Ob 43/86, ÖBA 1987, 51 *(Iro);* 5 Ob 324/86, RdW 1987, 157 *(Iro);* 7 Ob 39/94, SZ 67/213; offenlassend 7 Ob 25/97w, VersE 1.733. Nach dieser Auffassung ist das bereits abgeschlossene Verfügungsgeschäft nicht mehr einseitig widerrufbar. AA (für freie Widerrufbarkeit des Verfügungsgeschäfts bis zur Übergabe) hingegen *Riss,* Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts – neue Gedanken zu einer alten Streitfrage. Ein Beitrag zur Lehre von der dinglichen Einigung, ÖBA 2010, 215 (insb 224 ff). – Die traditionelle Auffassung geht demgegenüber davon aus, dass der Abschluss des Verfügungsgeschäfts mit der Übergabe der Sache zusammenfällt: *Klang* in *Klang* (Hrsg), ABGB II² (1950) 307; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 134 ff (insb 136); *Bollenberger,* Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit (1995) 67 ff; *Welser/Kletečka,* Grundriss I¹⁵ 358 (Rz 1010); *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 138 f (Rz 6/40). Differenzierend *Schoditsch,* Eigentumsvorbehalt und Insolvenz (2009) 81 ff, nach dem eine »vertragswidrige« einseitige Vorbehaltserklärung bei Übergabe keine sachenrechtliche Wirkung entfaltet, wohingegen eine »vertragskonforme« den Eigentumsübergang hindere; der zweiten Kategorie entsprechen im Wesentlichen Fälle, in denen die Unsicherheitseinrede erhoben werden kann (weil der Verkäufer dann an sich gar nicht vorleisten müsste).

575 So *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 9 (Rz 1/17); *Riedler,* Sachenrecht³ (2010) 191 Rz 7/34 ff.

Zustandekommen dieser Willenseinigung, jedoch vor Anbringung der Zeichen iSd § 452 ABGB (konkret durch den Sicherungsnehmer), seinen Traditionswillen noch »wirksam« aufgeben kann.[576] Ohne auf die an sich bekannte Streitfrage einzugehen, gelangt der OGH hier, weitgehend alte Rechtssätze fortschreibend, zur Gegenansicht zu jener Position, die er zuletzt zur (normalen) Eigentumsübertragung vertreten hat.[577]

Die praktische Bedeutung dieser Kontroverse ist allerdings beim Pfandrecht bzw beim Sicherungseigentum deutlich geringer als bei der normalen Übereignung: Bei Letzterer kann mit dem Konzept von der bindenden dinglichen Einigung bei Abschluss des Grundgeschäfts begründet werden, dass ein nach Kaufvertragsabschluss, aber vor oder spätestens bei der Übergabe der Kaufsache vom Verkäufer einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt keine Wirkung entfaltet, wohingegen nach der Gegenthese Eigentum infolge Dissenses im Verfügungsgeschäft nicht übergeht. Unter Geltung dieser Gegenthese hat der Verkäufer (Sicherungsnehmer) sowohl ein Interesse am Bewirken der Übergabe – er will die Sache ja veräußern – als auch am vertragswidrigen Erwirken des Eigentumsvorbehalts. Beim Pfandrecht (und Sicherungseigentum) ist es hingegen der Sicherungsgeber, der die Sache übergeben (oder die Zeichenanbringung hinnehmen) muss. Will er vertragswidrigerweise das Sicherungsrecht nicht entstehen lassen und die Sache unbelastet für sich behalten, wird er sie typischerweise erst gar nicht übergeben. In Fällen des § 452 ABGB liegt es nahe, dass er die Zeichenanbringung unterlassen bzw den Gläubiger an dieser hindern, allenfalls dennoch angebrachte Zeichen alsbald wieder entfernen würde. In all diesen Fällen entsteht das Pfandrecht bzw Sicherungseigentum nach beiden Theorien schon mangels Publizität von Anfang an nicht wirksam oder kommt mit Entfernung der Zeichen zum Erlöschen. Der Fall, in dem der Meinungsstreit schlagend wird, nämlich dass ein Pfandgeber dem Anbringen von Pfandzeichen zwar ausdrücklich widerspricht, dieselben dann aber über lange Zeit bestehen lässt, wird kaum vorkommen.

Auch sonst scheint die Frage bei der Verpfändung keine nennenswerten praktischen Konsequenzen zu haben. *Eicher* diskutiert, ob sich ein praktischer Unterschied vielleicht in Hinblick auf die Verjährung der zu sichernden Forderung ergeben könnte: Erfolge die Übergabe der Pfandsache erst lange nach Begründung der Forderung und Abschluss des Pfandbestellungsvertrags, könne die Forderungsverjährung jedenfalls dann unterbrochen werden, wenn man gemeinsam mit der Pfandübergabe auch den Abschluss des Verfügungsgeschäfts annimmt. Er gelangt allerdings mE zutreffend zu dem Ergebnis, dass unter Anwendung der

576 OGH 5 Ob 168/08d, JBl 2009, 437. Konkret sah der OGH keine Anhaltspunkte für eine solche Aufgabe des Traditionswillens, zumal ein Widerspruch der Sicherungsgeberin gegen die Anbringung der Plakette nicht einmal behauptet worden war.

577 Nachweise in FN 574.

Gegenthese – nach der die Übergabe bloßer Realakt, allerdings ebenfalls vom Willen des Übergebers getragen ist – in der Übergabe ebenso ein deklaratives Anerkenntnis der gesicherten Forderung gelegen sein kann, das zur Unterbrechung der Verjährung ausreicht.[578]

b. Eintritt der Rechtswirkungen

Grundsätzlich gilt nach allgemeinem Verständnis: **Alle Wirkungen** des Pfandrechts zwischen den Vertragsparteien und gegenüber allen Dritten – also Verwertungsrecht, Abwehrrechte bei Beeinträchtigung, Rangbegründung, Wirkung in der Insolvenz oder Einzelzwangsvollstreckung gegen den Sicherungsgeber etc – treten ein, wenn und **sobald alle** oben erwähnten **Begründungsvoraussetzungen erfüllt sind;** somit in ein und demselben Zeitpunkt. Dieses Prinzip mag bei der Sicherung künftig erst entstehender Forderungen oder bei der Belastung künftiger Vermögenswerte gewisse Unschärfen aufweisen.[579] Im Grunde aber erscheint uns der Grundsatz des Eintritts sämtlicher Rechtswirkungen in ein und demselben Zeitpunkt heute so selbstverständlich, dass er kaum jemals ausdrücklich ausgesprochen wird.[580]

Demgegenüber hat *Wellspacher,* ausgehend vor allem von historischen und Vertrauensschutzerwägungen, für das Fahrnispfand im Ergebnis eine Art Pfandrechtsbegründung mit bloß relativer Wirkung zwischen den Vertragsparteien mit Abschluss von Pfandbestellungsvertrag und Verfügungsgeschäft vertreten. Dem Publizitätsakt (Besitzverschaffung, Anbringen von Zeichen) kommt danach bloß die Funktion zu, die Wirksamkeit des Pfandrechts gegenüber Dritten sicherzu-

578 *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 120 ff. Die Annahme einer Verjährungsunterbrechung kann in dieser Allgemeinheit allerdings nur für den Fall gelten, dass der Pfandbesteller eine eigene Verbindlichkeit sichert. Im Vorliegenden Zusammenhang geht es freilich nur darum, dass sich allein aus der Frage, in welchem Zeitpunkt das Verfügungsgeschäft im Zweifel anzusiedeln ist, keine praktisch relevanten Unterschiede ergeben.

579 Zur Besicherung künftiger Forderungen siehe III.A.3.a.: Obwohl die gesicherte Forderung noch nicht besteht, entfaltet das Pfandrecht eine Reihe von Rechtswirkungen. Bei der Verpfändung einer künftigen Forderung wiederum ist davon auszugehen, dass der Verpfändungsakt bereits vor Entstehen der Forderung und damit des Pfandrechts an ihr den Rang wahrt. Entsprechendes gilt bei der sicherungsweisen Abtretung künftiger Forderungen (dazu III.C.2.b.), nur dass dort aufgrund der Vollrechtsübertragung nicht mehrere Pfandränge begründet werden können.

580 Diskutiert werden meist nur einzelne Aspekte dieses Prinzips. Als noch relativ deutliches Beispiel mag die E OGH 2 Ob 631/26, Rsp 1926/166 dienen: Dort wird die vom Pfandgläubiger vorgebrachte Auffassung abgelehnt, ein infolge unzureichender »Zeichen« iSd § 452 ABGB gegebener Mangel an Erkennbarkeit mache das Pfandrecht höchstens gegenüber einem gutgläubigen Dritten unwirksam, nicht aber gegenüber dem Verpfänder. Zum allgemeinen Prinzip kurz auch *W. Faber,* Das Mobiliarsicherungsrecht des DCFR: Perspektiven für eine Reform in Österreich bzw in Europa? JBl 2012, 341 (348); siehe ferner *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] §§ 451, 452 Rz 2.

stellen, indem diesen die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs genommen wird.[581] Die enge Verzahnung mit den Gutglaubenserwerbsregeln der §§ 367, 456 ABGB,[582] die nur den Erwerber zu Eigentum und den Erwerber eines späteren Pfandrechts schützen, legt nebenbei bemerkt nahe, dass es *Wellspachers* Publizitätskonzept um den Schutz ungesicherter Drittgläubiger nicht zu tun gewesen ist. Diesen ist in seiner Abhandlung soweit ersichtlich kein Platz zugedacht. Durchgesetzt hat sich *Wellspachers* Ansatz nicht.[583]

c. *Publizität beim Faustpfand*

In Hinblick auf den zur Pfandrechtsbegründung erforderlichen Publizitätsakt ordnet § 451 Abs 1 ABGB an, dass der Gläubiger die bewegliche körperliche Sache »in Verwahrung nehmen« muss. Ganz einhellig gelten – von der unten[584] gesondert zu besprechenden Übergabe durch »Zeichen« abgesehen – als taugliche Formen der Übergabe somit die wirkliche Übergabe der Pfandsache »von Hand zu Hand« iSd § 426 ABGB, die *traditio brevi manu* iSd § 428 Fall 2 ABGB durch bloße Willenseinigung, wenn sich die Sache bereits beim Pfandgläubiger befindet, sowie die gesetzlich nicht gesondert geregelte Besitzanweisung, sofern sich die Sache bei einem Dritten befindet. Nicht hinreichend ist hingegen das Besitzkonstitut.[585]

Zweck dieses Regelungskonzepts ist nach ganz herrschendem Verständnis der Schutz »des Verkehrs« bzw »aller Gläubiger« unter Einschluss insbesondere der zukünftigen ungesicherten Gläubiger vor Täuschungen über die Kreditwürdigkeit des Sicherungsgebers. Der Umstand, dass die Pfandsache aus einem allfällig verfügbaren Haftungsfonds ausgeschieden ist und zur Befriedigung eigener Ansprüche nicht zur Verfügung steht, soll für Dritte erkennbar gemacht werden.[586] Im

---

581 *Wellspacher,* Vertrauen auf äußere Tatbestände 141 ff. Näher diskutiert (mit unverkennbarer Sympathie für *Wellspachers* Auffassung) bei *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 24 ff.

582 Ganz deutlich etwa *Wellspacher,* Vertrauen auf äußere Tatbestände 156 f, 165.

583 Dagegen zB *Klang* in *Klang,* ABGB II^{2} 436 f.

584 Siehe III.A.2.

585 Ganz hA, vgl bloß *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III^{5} § 451 Rz 3 ff; *Hofmann* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I^{3} (2000) § 451 Rz 3; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON$^{1.03}$ §§ 451, 452 Rz 10 f; *B.A. Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB^{6} § 451 Rz 3; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX^{2} 11 ff (Rz 1/22 ff); *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 126 ff; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang^{3} (2016) § 451 Rz 3 f, alle mwN. – AA *F. Schwind* in *F. Schwind,* Europarecht 61 (68 f): Auch das Besitzkonstitut genüge für den Pfanderwerb. Diese Auffassung basiert auf einer im Kontext nicht plausiblen Lesart der Gesetzesmaterialien zu § 452 ABGB (dazu oben II.B.1.c.(ii.) in FN 338).

586 Vgl statt vieler *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (15 ff); *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX^{2} 11 f (Rz 1/22 f); *Kaller,* Sicherungszession 12 ff; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang^{3} § 451 Rz 2 f, jeweils mwN; ferner *Mayrhofer,* Zur neueren Entwicklung der Kreditsicherung durch Fahrnis (1968) 7 f; aus jüngerer Zeit ferner *Spitzer,* JBl 2014, 556 (557 ff); *Aigner,* Die Verpfändung mittels Übergabe durch Zeichen, deren Entfernung und Wiederanbringung, ÖJZ 2016, 293 (294 ff). Reiche Nw ferner bei *Riss,* Warum ist der Faustpfandgläubiger

Detail bestehen mitunter recht unterschiedliche Vorstellungen. Infrage gestellt wird sowohl der Informationswert der Gewahrsamsausübung durch den Schuldner, die traditionellen Denkstrukturen zufolge auf dessen Eigentumsrecht schließen lassen soll, jedoch durch das häufige Auftreten von Eigentumsvorbehalten, Finanzierungsleasing oder auch Mietverträgen relativiert werde.[587] Ähnliches begegnet in Bezug auf die Besitzübertragung an den Gläubiger; auch diese lasse für Dritte nicht erkennbar werden, ob ihr eine Pfandbestellung, eine Vermietung oder Verwahrung oder ein anderes Rechtsverhältnis zugrunde liege.[588] Jüngst ist betont worden, beim Zweck der Publizität, falsche Vorstellungen über die Vermögenslage des Sicherungsgebers zu zerstören, dürfe »nicht primär an den ohnehin realitätsfremden flüchtigen Eindruck gedacht werden, den ein potentieller Gläubiger bei einem Besuch beim Schuldner gewinnen könnte«, es gehe vielmehr darum, dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, durch aktive Täuschung den künftigen Gläubiger in die Irre zu führen.[589]

Wenngleich in der theoretischen Grundlegung Unsicherheiten im Einzelnen fortbestehen mögen, in der praktischen Anwendung lässt sich im Laufe der Entwicklung eine wesentliche Tendenz – wie einleitend bereits hervorgehoben – recht deutlich ausmachen: nämlich dass sich die an die Übergabe iSd § 451 ABGB angelegten Maßstäbe im Lauf der Zeit spürbar **verschärft** haben. Die ältere Rechtsprechung hat mitunter noch relativ formale Akte genügen lassen. Illustrativ ist etwa eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1908,[590] in der ein Landwirt seinen Viehbestand ohne jegliche örtliche Veränderung verpfändet hatte. Der Schuldner bestellte das Pfandrecht in der Weise, dass »er dem anwesenden Vertreter seiner Gläubigerin, Direktor F, im Stalle selbst jedes einzelne Stück Vieh vorstellte, letzterer die Tiere abzählte und verzeichnete, somit aus der Hand des Verpfänders übernahm, wodurch die Besitzübergabe, wie sie § 451 ABGB erfordert, vollzogen war«. Weiter führt der OGH aus, dass »das Gesetz nicht vorschreibt, daß eine wirkliche Übergabe notwendig von einer örtlichen Veränderung begleitet sein müsse oder daß die Verwahrung des Pfandobjektes durch eine dritte Person oder den

---

absonderungsberechtigt? in FS Iro (2013) 401 (405 ff), der jedoch neben der Wahrung von Drittinteressen durch Publizität für die von § 451 ABGB geforderte Gewahrsamsübertragung den zusätzlichen Zweck in den Mittelpunkt rückt, dass der gesicherte Gläubiger aufgrund des Gewahrsamsentzugs darauf vertrauen dürfe, dass keine Beeinträchtigung seines Befriedigungsrechts durch den Pfandbesteller mehr möglich sei *(Riss* aaO 413 ff).

587 Vgl etwa *Mayrhofer,* Kreditsicherung 7 ff; *Kaller,* Sicherungszession 12 ff; *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (17); starke Zweifel an der Berechtigung einer Schlussfolgerung von Besitz auf Eigentum zB bei *Migsch* in FS Welser 711 (731); *Spitzer,* JBl 2014, 556 (558).

588 *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1371 ff). *B. Koch* in FS Koziol 197 (210 f) gelangt zur ernüchternden Feststellung, letztendlich könne aufgrund des Faustpfandprinzips »nicht mehr an Information gewonnen werden als über den physischen Standort der betreffenden Sache«. Vgl auch *Riss* in FS Iro 401 (409 f).

589 *Spitzer,* JBl 2014, 556 (559).

590 OGH 2. 9. 1908, GlUNF 4.310. Daraus alle folgenden Zitate.

Schuldner selbst ausgeschlossen sei«. Und schließlich (der Prozess erhob sich zwischen der Pfandgläubigerin und nachfolgenden Pfändungsgläubigern): »Die Frage, ob die nachfolgenden Gläubiger bei Durchführung der gerichtlichen Pfändung von dem bestehenden Pfandnexus Kenntnis erhielten und sich bezüglich ihres Pfandrechtes in *bona* oder *mala fide* befanden, erscheint für den vorliegenden Rechtsstreit ebenfalls nicht entscheidend.« Die Frage, ob solche Gläubiger – ursprünglich ungesicherte Drittgläubiger – die Verpfändung bereits im Zeitpunkt ihrer eigenen Kreditierungsentscheidung hätten erkennen können, wird gar nicht erst aufgeworfen.

Diese Entscheidung scheint nicht völlig atypisch gewesen zu sein. *Armin Ehrenzweig* berichtet in seiner 1913 erschienen Umarbeitung des *Krainz/Pfaff'schen* »Systems«,[591] die Gerichtspraxis lasse »nicht selten« Pfandbegründung durch bloßes Ergreifen der Sache zu, die dann im Machtbereich des Verpfänders verbleibt, weil »sie dem Schuldner die Verpfändung unentbehrlicher Fahrnisse ermöglichen will«. Davon hat man sich inzwischen weit entfernt. Einmütig wird davon ausgegangen, die Anforderungen an eine körperliche Übergabe seien bei der Pfandrechtsbegründung strenger als bei der Übertragung von Eigentum, da spätere Kreditgeber vor Täuschung über die Kreditfähigkeit des Schuldners geschützt werden sollen.[592] Als ausschlaggebend gilt, in Hinblick auf den Publizitätsgrundsatz folgerichtig, dass dem Pfandbesteller die Gewahrsame am Pfandgegenstand entzogen wird.[593] Offenkundige Konsequenz dieses Konzepts ist, dass der Pfandbesteller das Sicherungsgut, sollte nicht der letztlich enge Anwendungsbereich des § 452 ABGB eröffnet sein, nicht weiter für seinen Betrieb (oder Haushalt) nutzen kann. Anders gewendet: Kann der in Aussicht genommene Pfandgegenstand aus betrieblichen oder sonstigen Gründen nicht entbehrt werden, muss von der Verpfändung – und damit von der Kreditaufnahme – abgesehen werden.

d. *Vorübergehende Rückstellung der Pfandsache*

Als weiteres Beispiel für eine zunehmend starke Gewichtung des Publizitätsgrundsatzes mag die Beurteilung einer zeitweiligen Rückstellung der Pfandsache an den Sicherungsgeber dienen. Die Frage hat breite Diskussion erfahren und soll hier

---

591 *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I^5 (1913) 800; praktisch unverändert *Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2: Das Sachenrecht^2 (1957) 408; ähnlich *Klang* in *Klang,* ABGB II^2 430, alle mit Verweis auf die zitierte E GlUNF 4.310.

592 *Klang* in *Klang,* ABGB II^2 430; *Hofmann* in *Rummel,* ABGB I^3 § 451 Rz 1; *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III^5 § 451 Rz 3; OGH 1 Ob 105/75, SZ 48/75 (dort Übergabe *brevi manu).*

593 Vgl etwa *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX^2 12 (Rz 1/24); *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III^5 § 451 Rz 3; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang^3 § 451 Rz 3f.

bloß gestreift werden. Bekanntlich gehen Teile der älteren Lehre und die Rechtsprechung, was einem Umkehrschluss aus § 467 Fall 3 ABGB entspricht, davon aus, dass bei bloß »unter Vorbehalt« erfolgter kurzfristiger Rückstellung der Sache das Pfandrecht aufrecht bleibt.[594] Die jüngere Lehre stellt demgegenüber, mE gerade mit Blick auf das Gesamtsystem vollkommen zutreffend, das Publizitätsprinzip in den Mittelpunkt: Das Pfandrecht, für Dritte nicht mehr erkennbar, erlischt oder »ruht«;[595] es besteht lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf neuerliche Übergabe. Auch soweit Abweichendes vertreten wird, geschieht dies nur unter Anknüpfung an eine andere Publizitätsregel; so nach der Auffassung, dass eine Rückstellung das Pfandrecht nur dann nicht erlöschen lässt, wenn daran Zeichen iSd § 452 ABGB angebracht werden.[596]

e. *Kritik zur Publizitätswirkung*

Der bereits mehrfach angeklungene Trend zu mehr Publizität setzt sich fort, wenn es um Überlegungen zur **zukünftigen Entwicklung** des Mobiliarsicherungsrechts geht. *Riedlers* zentraler Kritikpunkt am Besitzentziehungserfordernis des § 451 ABGB lautet demgemäß:[597] Die Publizitätswirkung, die eine physische Verschiebung der Sache aus der Gewahrsame des Pfandbestellers in jene des Pfandgläubigers entfaltet, ist eigentlich zu gering! Welches Sicherungsrecht, ja ob überhaupt ein dingliches Recht oder ein bloß schuldrechtliches Gebrauchsüberlassungsgeschäft begründet wurde, sei für Drittinteressenten nicht aus dem Besitz(entzug), sondern allenfalls aus dem zugrundeliegenden Titelgeschäft zu ersehen. Idealer-

594 So etwa *Stubenrauch,* ABGB I[8] (1902) 663; *Wellspacher,* Vertrauen auf äußere Tatbestände 164; aus der jüngeren Literatur insbesondere *F. Schwind* in *F. Schwind,* Europarecht 61 (66 ff); OGH 1 Ob 305/52, SZ 25/89; 3 Ob 411/52, EvBl 1952/320; 5 Ob 87/60, EvBl 1960/220; 8 Ob 555/86, ÖBA 1987, 117 *(P. Bydlinski).* Im Ergebnis aus jüngerer Zeit auch *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] (2017) § 467 Rz 8 ff (insb Rz 11).

595 Heute hL. Siehe bereits *E. Demelius,* Pfandrecht 161 f; sowie in der neueren Literatur etwa *P. Bydlinski,* ÖJZ 1986, 327 (330 ff); *Holzner* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB[4] (2016) § 428 Rz 2; *Hofmann* in *Rummel,* ABGB I[3] § 467 Rz 5; *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 134 ff; *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 95 ff; *Spitzer,* JBl 2014, 556 (560 ff); *Welser/Kletečka,* Grundriss I[15] 419 (Rz 1196); *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] 233 (Rz 12/4); ausführlich *Fidler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 467 Rz 14 ff. *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1390) regt eine gesetzliche Klarstellung in diese Richtung an.

596 So die Lösung bei *Markl/Niedermayr,* Zur Rückgabe des Mobiliarpfands unter Vorbehalt, ÖJZ 1994, 185; enger *Vranes,* Nochmals zur Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt (§ 467 3. Alt ABGB), JBl 1996, 763: Wirksambleiben des Pfandes dann, wenn die Sache (kumulativ) unter Vorbehalt, versehen mit Zeichen iSd § 452 ABGB und nur vorübergehend zu eingeschränkten Zwecken erfolgt. Gegen beide Ansichten *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 139 ff: Gefahr der Umgehung von § 451 ABGB durch »Momentübergabe«. Ähnliche Kritik bei *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] § 467 Rz 8. Im Ergebnis – aufgrund vergleichsweise liberaler Anforderungen an eine Verpfändung durch Zeichen iSd § 452 ABGB – weniger streng hingegen *Fidler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 467 Rz 37 ff.

597 *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1371 ff). Teilweise ähnlich im Befund *Migsch* in FS Welser 711 (730 ff), allerdings ohne Forderung nach weiterem Verschärfen von Publizitätsanforderungen.

weise wäre dem Rechtsverkehr – nach dem Idealbild des Grundbuchs – die Art des Rechts (zB dingliches Recht), dessen Inhalt (zB Pfandrecht) sowie der maximale Umfang des eingeräumten Rechts kundzumachen. Zudem entstehe durch die Sachübergabe eine neue Täuschungssituation, nämlich eine scheinbare Vermögensvermehrung beim Pfandgläubiger als Sachinhaber, nunmehr zum Risiko von dessen Gläubigern.

Diese Kritik führt wohl nur konsequent fort, was viele denken. Die Eignung des Besitzes bzw des Besitzentzugs zu Publizitätszwecken ist ja, wie oben schon vermerkt, immer wieder in Zweifel gezogen worden.[598] Allerdings münden auch kritische Ausführungen regelmäßig in ein Bekenntnis zur Publizität, und zwar unter Einschluss jener mittels Besitz.[599] Denkt man in Österreich konkret über Reformen nach, wird praktisch nie die völlige Aufgabe des Publizitätsprinzips befürwortet; insbesondere das Modell der deutschen Sicherungsübereignung wird nicht als erstrebenswerte Entwicklungsoption erachtet.[600] Stets werden zusätzliche, publizitätswahrende Möglichkeiten der Begründung von Sicherheitsrechten eingemahnt, typischerweise durch ein Register. Dabei wird das Faustpfand als alternative Verpfändungsform stets mitgedacht.[601] Seine gänzliche Abschaffung steht nicht zur Debatte.

f. Das wirtschaftliche Problem des Faustpfandprinzips

Das wesentliche praktische Problem des de lege lata ausgesprochen strengen Faustpfandprinzips (in Verbindung mit der unten zu besprechenden engen Auslegung des § 452 ABGB) liegt auf der Hand und ist im Grunde allgemein bekannt:[602] Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist die – weitestgehende – Notwendigkeit der Übergabe des Sicherungsguts an den Gläubiger **in mehrfacher Weise ineffizient.** Die – letztlich sicher vordringliche – Perspektive des Kreditnehmers (Sicherungsgebers) ist bereits mehrfach zur Sprache gekommen: Dieser wird im Fall

598 Siehe oben III.A.1.c. bei FN 587 ff. Pointiert ferner *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] §§ 451, 452 Rz 4, die anmerken, beim Faustpfand bestehe »erheblicher Zweifel einerseits an seiner Erforderlichkeit, andererseits an seiner Eignung zur Verwirklichung dieser Zwecke« (scil: die Funktion, den Verkehr vor Täuschungen über die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu schützen).

599 Exemplarisch etwa *Kaller,* Sicherungszession 12 ff (mit Ergebnis 30 f); *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (17 f); *Spitzer,* JBl 2014, 556 (558 ff). Im Ergebnis auch *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] §§ 451, 452 Rz 4 f mit Hinweis auf die (faktische) Funktion des Faustpfandprinzips als Verteilungsinstrument zum Ausgleich zwischen verschiedenen Gläubigergruppen.

600 Vgl *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (17 f); *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1379).

601 Vgl etwa § 4 MSG-E und die dazugehörigen Erläuterungen bei *Schauer,* Register 47. Zu älteren Entwürfen mit Publizität durch Registrierungsmöglichkeit neben Besitzübertragung etwa *Frotz,* Zur Fortbildung des Kreditsicherungsrechts durch Einführung neuer Formen der Begründung von Mobiliarpfandrechten, in FS H. Demelius (1973) 323.

602 Zusammenfassend *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (14 f).

der Verpfändung von der weiteren Nutzung des Sicherungsguts abgeschnitten. Handelt es sich, wie häufig, um Betriebsmittel im weitesten Sinne, können diese nicht zur Rückführung des Kredits eingesetzt werden. Im Ergebnis führt dies weitgehend dazu, dass die Nutzung dieser Vermögenswerte zur Kreditbesicherung unterbleiben muss. Mit zwei Hand in Hand gehenden Konsequenzen: Der Eigentümer kann den vollen Wert seines Fahrnisvermögens nicht ausnützen; es entstehen Opportunitätskosten, da die grundsätzlich mögliche Nutzung von Ressourcen unterbleiben muss. Zugleich wird mangels Besicherungsgrundlage typischerweise die insgesamt lukrierbare Kreditsumme geringer sein als angesichts des vorhandenen Vermögens an sich möglich; zumindest ist mit höherer Verzinsung zu rechnen, weil das erhöhte Ausfallsrisiko den Aufschlag einer Risikoprämie nahelegt bzw sogar gebietet.

Daneben löst der Übergabevorgang an sich grundsätzlich gewisse Kosten aus (Transport-, Personalkosten), im Fall der Tilgung des Kredits mit anschließender Rückstellung der Pfandsache sogar zweimal. Die Aufbewahrung des Pfandgegenstands beim Sicherungsnehmer verursacht Aufbewahrungskosten und Haftungsrisiken des Gläubigers, die allenfalls durch Versicherung (mit entsprechender Prämienlast) zu decken sind. Während der Verwahrung kann der Gläubiger aus dem Pfandgegenstand schließlich keine Früchte ziehen (§ 1372 ABGB), wobei Einzelheiten hinsichtlich der Reichweite dieses Verbots umstritten sind.[603] Im Ergebnis ist die produktive Nutzung des Sicherungsgegenstands während der Inpfandgabe so gut wie ausgeschlossen.[604]

2. Verpfändung durch symbolische Übergabe (§ 452 ABGB)

Tendenzen zur Verschärfung sind insbesondere auch bei Verständnis und Anwendung von § 452 ABGB auszumachen; somit wie mehrfach erwähnt bei der einzigen Norm, die dem Pfandschuldner die weitere Nutzung der Pfandgegenstände ermöglicht. Die heute hA[605] versteht diese Bestimmung als Ausnahmeregelung – Leitbild ist der Besitz- bzw Dispositionsentzug des Faustpfands iSd § 451 ABGB – und gelangt damit zu einer strengen Auslegung des § 452 ABGB.[606]

603 Vgl einerseits *G. Graf,* Nutzung der Pfandsache durch den Gläubiger? ÖBA 1990, 798; andererseits *Spitzer,* Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht – verbotene Abreden, HGB-Reform, Verwertungspflicht (2004) 40 ff.

604 *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (15).

605 Vgl etwa OGH 3 Ob 2403/96w, SZ 70/118; *Hofmann* in *Rummel,* ABGB I³ § 452 Rz 1 f; *Sailer,* Aktuelle Probleme des Mobiliarpfandes, ÖBA 2001, 211 (213); zuletzt *Wolkerstorfer,* Verpfändung von Maschinen durch Zeichen, RdW 2014, 507 (508).

606 Dagegen *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 30 ff; *Migsch* in FS Welser 711.

a. *Anwendungsbereich*

Die Anwendung des § 452 ABGB setzt voraus, dass die zu verpfändenden beweglichen Sachen »keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen«. Zwar ist man sich einig, dass hierunter nicht bloß absolute physische Unmöglichkeit zu verstehen ist, sondern »**Untunlichkeit**« **der körperlichen Übergabe** genügt; doch wird zu deren Beurteilung nicht zuletzt aufgrund des erwähnten Ausnahmecharakters der Regelung nach heute hA tendenziell ein strenger Maßstab angelegt.[607] Dies zeigt sich zum einen am Kreis der für maßgeblich erachteten Kriterien: Über die Tunlichkeit oder Untunlichkeit einer körperlichen Übergabe entscheidet die **körperliche Beschaffenheit** der Sache, allenfalls – bei Gesamtsachen – die Anzahl der erfassten Einzelgegenstände. Anhand dieser Kriterien muss sich ergeben, dass das Sicherungsgut nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand von seinem Standort abtransportiert werden kann. Wirtschaftliche Interessen der Parteien, also insbesondere das Interesse des Schuldners an der weiteren Nutzung der Pfandgegenstände in seinem Betrieb oder umgekehrt das Interesse des Gläubigers, Verwahrungspflichten und Lagerkosten in Bezug auf die Sache zu vermeiden, haben außer Betracht zu bleiben.[608] Aus historischer Sicht selbstverständlich ist dies nicht: *Migsch* hat den Nachweis versucht, dass die Entwicklungsgeschichte des § 452 ABGB keinerlei Anhaltspunkte für die Bedeutungslosigkeit wirtschaftlicher Kriterien liefert, im Gegenteil eine solche sogar nahelegt.[609] In der frühen Judikatur scheint gerade die Unentbehrlichkeit des Sicherungsguts für den Betrieb des Pfandgebers zumindest gelegentlich als ausreichende Begründung für die Zulässigkeit einer Verpfändung durch Zeichen.[610] Auch in der älteren Lehre

607 Vgl *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 18 f (Rz 1/33); *Welser/Kletečka,* Grundriss I¹⁵ 418 (Rz 1194).

608 Aus der Rsp etwa OGH 3 Ob 116/69, EvBl 1970/109 mwN; 3 Ob 71, 72/71, EvBl 1972/37; vgl ferner wieder *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 18 f (Rz 1/33); *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 149 f; *Klang* in *Klang,* ABGB II² 435; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 452 Rz 1; im Ergebnis auch *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 32; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON¹·⁰³ §§ 451, 452 Rz 14; ebenso, wenngleich kritisch, *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III⁵ § 452 Rz 1; *B. Koch* in FS Koziol 197 (198 f). Weitergehend und differenzierend hingegen jüngst *Fidler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 467 Rz 37 ff: Untunlichkeit der körperlichen Übergabe bereits dann, wenn die Sache für den wirtschaftlichen Betrieb des Schuldners unerlässlich ist, nicht aber, wenn bloß der Gläubiger die Verwahrung vermeiden möchte.

609 *Migsch* in FS Welser 711 (738 f und passim).

610 So war das Berufungsgericht im bereits erwähnten Fall GlUNF 4.310 (oben bei FN 590) davon ausgegangen, dass sich die Weggabe der verpfändeten Rinder aus einem landwirtschaftlichen Betrieb »wegen der sonst damit unvermeidlich verbundenen nachteiligen Folgen der Unterbindung des wirtschaftlichen Betriebs des Pfandbestellers als undurchführbar darstellte und daß infolgedessen behufs einer wirksamen Pfandbestellung zur Übergabe durch ›Zeichen‹ gegriffen werden musste«. Möglicherweise auch hierher gehört OGH 21. 12. 1882, GlU 9.233

finden sich durchaus Anhaltspunkte in diese Richtung.[611] Die heute hA hingegen verfährt kompromisslos: Ein Kraftfahrzeug kann jedenfalls in die Gewahrsame des Gläubigers übergeben werden (in der Mobilität liegt ja gerade sein Zweck), daher scheidet eine Verpfändung mittels Zeichen (Übergabe von Typenschein bzw Zulassungsbescheinigung Teil II) aus,[612] mag das Fahrzeug für den Betrieb auch noch so unentbehrlich sein. Auch der Umstand, dass der Verpfänder sich bei Weggabe der Fahrzeugpapiere der Möglichkeit einer Verfügung über das Fahrzeug de facto begibt,[613] ist unbeachtlich – und nach heutigem Verständnis des Publizitätsgrundsatzes auch folgerichtig, weil durch deren Fehlen praktisch nur Erwerbsinteressenten und nachfolgende potentielle Sicherungsnehmer, die sich diese Dokumente jedenfalls vorlegen ließen, gewarnt wären, nicht oder weit weniger aber künftige ungesicherte Gläubiger. Als Grundsatz gilt somit: Soweit irgendmöglich, muss die verpfändete Sache der Zugriffsmacht des Schuldners entzogen werden.[614]

An Anwendungsbereich verbleibt für § 452 ABGB somit im Wesentlichen: zum einen die Verpfändung besonders schwerer und sperriger Maschinen, wobei sichere Grenzen aus der kasuistischen Judikatur[615] kaum verlässlich zu ermitteln sind; zum anderen die Verpfändung von Sachgesamtheiten wie insbesondere Warenlagern. In letzterem Fall ist eine Verpfändung nach § 452 ABGB insoweit

---

(Verpfändung einer Stickmaschine), wenngleich dort die Gründe der »Untunlichkeit« nicht ausdrücklich thematisiert werden.

611 Vielleicht bezeichnend der bei *Krainz/Pfaff,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I: Der allgemeine Theil und das Sachenrecht^{2} (1894) 724 f in FN 7 und 8 dokumentierte Meinungswandel des vor Manuskriptabschluss verstorbenen Erstautors *Krainz:* Ursprünglich habe dieser (in seinem Prager Collegienheft) die Meinung vertreten, Maschinen müssten (generell, soweit sie nicht als Teile des Gebäudes angesehen werden müssten) durch »Zeichen« verpfändet werden können, »da die Fabrik stille stehen müßte, wenn die Verpfändung durch Anbringung des Merkmals unzulässig wäre«. Im späteren Manuskript habe er sich dann allerdings zur Gegenansicht bekannt, »dass auch die symbolische Tradition dem Pfandgläubiger eine ausschließliche Verfügungsmacht über die Sache verschaffen wolle, was durch einen solchen (schwerlich Jedermann in die Augen fallenden und jederzeit leicht wieder entfernbaren) Anschlag nicht erreicht werde«.

612 Siehe zB OGH 3 Ob 29/70, EvBl 1970/374; 1 Ob 105/75, SZ 48/75 (trotz »Aufbockens« des Pkw); 3 Ob 116/84, SZ 58/1 (hier Sicherungseigentum); vgl zuletzt 1 Ob 32/02s, SZ 2002/28; *Hofmann* in *Rummel,* ABGB I^{3} § 452 Rz 2; *Mader* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON$^{1.03}$ (2019) § 427 Rz 4 mwN. – Offengelassen wurde zuletzt die Zulässigkeit einer Verpfändung nach § 452 ABGB in Bezug auf ein Kleinflugzeug, da die verwendeten Pfandplaketten schon aufgrund ihrer geringen Größe jedenfalls unzureichend gewesen wären; siehe OGH 8 Ob 47/13i, ÖBA 2014, 389.

613 Sympathie für die Zulässigkeit der Kfz-Verpfändung nach § 452 ABGB aus diesem Grund noch bei *Klang* in *Klang,* ABGB II^{2} 435, da insoweit dem Publizitätsgedanken des Fahrnisrechts entsprochen sei.

614 OGH 1 Ob 646/79, JBl 1980, 454; 3 Ob 135/82; 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 *(Spielbüchler);* vgl auch 3 Ob 113/84, JBl 1985, 541.

615 Nachgewiesen bei *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (6 f); *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB^{4} § 427 Rz 3; *Hofmann* in *Rummel,* ABGB I^{3} § 452 Rz 2; *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III^{5} § 452 Rz 3; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang^{3} § 452 Rz 1 f.

erleichtert eröffnet, als die Beurteilung der »Untunlichkeit« dann, wenn von einer »Gesamtsache« iSv § 302 ABGB auszugehen ist, in Bezug auf die »Gesamtsache« insgesamt und nicht für jeden Einzelbestandteil erfolgt.[616] Daher kann hier auch eine große Stückzahl bei an sich kleinen und für sich leicht übergebbaren Lagerbestandteilen für die »Untunlichkeit« einer körperlichen Übergabe ausreichen.[617] Abgrenzungsschwierigkeiten können sich allerdings auch in diesem Bereich ergeben.[618] Dass etwa bei der Verpfändung einer Büroeinrichtung eine Gesamtsache vorliegen kann, ist mehrfach ausgesprochen worden. Dabei ist aber bei den einzelnen Gegenständen die Notwendigkeit einer ständigen Heranziehung zu Zwecken des Unternehmens genau zu prüfen. Auch hat der Pfandnehmer nach der Judikatur im Prozess zu behaupten, dass ihm eine gesamte, eine wirtschaftliche Einheit bildende Büroeinrichtung verpfändet worden ist; das Anführen einzelner Fahrnisse genüge nicht.[619] Ab welcher Schwelle freilich aufgrund der größeren Anzahl von Einrichtungsgegenständen bzw deren Sperrigkeit Untunlichkeit der körperlichen Übergabe anzunehmen und damit der Anwendungsbereich des § 452 ABGB eröffnet ist, darüber liegen Konkretisierungshilfen aus der Rechtsprechung nicht vor. Ähnliches gilt für Werkstätteneinrichtungen[620] (und in jedem Fall ist zusätzlich erforderlich, dass taugliche »Zeichen« gesetzt werden[621]). Bei kleineren Dienstleistungsunternehmen bzw Unternehmen im IT-Bereich, die mit relativ wenigen und nicht allzu großen, wenngleich uU durchaus wertvollen Geräten operieren, kann daher die erforderliche Untunlichkeit sehr zweifelhaft sein. Zudem könnten sich im Einzelfall Wertungen als problematisch erweisen, die von der Rechtsprechung für die Beurteilung der Verpfändung von Wohnungseinrichtungen herangezogen worden sind: Eine Wohnungseinrichtung kann danach als Gesamtsache der Verpfändung nach § 452 ABGB unterliegen, wenn die Möbel im gleichen Stil angefertigt und aufeinander abgestimmt sind sowie nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine höhere künstlerische Einheit bilden, die ohne bedeutenden

---

616 Vgl etwa *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 19 (Rz 1/34); *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB[4] § 302 Rz 3; vgl auch *Kisslinger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang[3] (2011) § 302 Rz 10 f.

617 Vgl etwa OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78: Untunlichkeit der körperlichen Übergabe von Bestandteilen eines Lagers von Fahrrädern bzw Fahrradrahmen etc anerkannt, »weil das Lager aus mehreren 100 Einzelstücken bestand«. Siehe auch OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 *(Spielbüchler)* uva; *Mader* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] § 427 Rz 2 f.

618 Neben den im Folgenden angeführten Beispielen vgl abermals die Nw insbesondere bei *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB[4] § 427 Rz 3 und *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (7).

619 Siehe OGH 3 Ob 116/69, EvBl 1970/109 (Kanzleieinrichtung eines Steuerberaters ist grundsätzlich Gesamtsache; Zugehörigkeit eines Musikschranks hierzu bezweifelt); OGH 3 Ob 71, 72/71, EvBl 1972/37 (Gesamtsacheneigenschaft nicht behauptet).

620 Gesamtsache und Zulässigkeit der Sicherungsübereignung durch Zeichen ohne nähere Auseinandersetzung angenommen in OGH 2 Ob 31/52, SZ 25/138.

621 Diese Frage wird für die Verpfändung von Büro-, Werkstatt- und sonstigen Betriebseinrichtungen unten III.A.2.c.(iv.) aufgegriffen.

Wertverlust nicht getrennt werden könne; in der Regel sei dies allerdings nicht der Fall.[622] Warum bei Betriebseinrichtungen, nur weil sie gemeinschaftlich durch den Zweck der Nutzung in einem bestimmten Unternehmen gekennzeichnet sind, und Wohnungseinrichtungen, die im Ganzen der Nutzung einer Familie bzw eines Haushalts dienen, grundlegend andere Maßstäbe anzulegen wären, wie die Rechtsprechung angenommen hat,[623] ist eigentlich nicht recht ersichtlich. Auf die Warenlagerverpfändung, wo die Qualifikation als Gesamtsache meist relativ unproblematisch ist, wird weiter unten noch gesondert eingegangen.[624]

§ 452 ABGB ist demnach bereits in seinem Anwendungsbereich sehr begrenzt; und wo seine Anwendung nicht mit Bestimmtheit ausgeschlossen werden kann, bleibt diese in vielen Fällen erheblich **unsicher.**[625]

Ein Ruf nach Abhilfe im Sinne einer erweiterten Zulässigkeit der Verpfändung durch Zeichen wird wohl erhoben; meist allerdings de lege ferenda.[626] Zum geltenden Recht ist eine weniger rigide Anwendung – durch Berücksichtigung auch wirtschaftlicher Gesichtspunkte für die Ermittlung der »Unzumutbarkeit« – in jüngerer Zeit im Wesentlichen von *Migsch* eingemahnt worden.[627]

b. Kreis der Schutzadressaten

Ist eine Verpfändung nach § 452 ABGB aufgrund Untunlichkeit der körperlichen Übergabe grundsätzlich statthaft, so muss man sich nach dieser Bestimmung solcher Zeichen bedienen, »woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann«. Diese Bestimmung wirft zwei eng miteinander verwobene Fragen auf. Erstens: Wer ist »jedermann«? Und zweitens: Welche Zeichen sind als tauglich anzusehen?[628]

Zur Auslegung des Begriffs »**jedermann**«, den im Übrigen neben § 452 ABGB auch seine Schwesterbestimmung zur Übereignung (§ 427 ABGB) gebraucht, sei zunächst in Erinnerung gerufen, dass allein nach Gesichtspunkten historischer Auslegung einiges dafür spricht, das Gesetz wolle hierunter allein nachfolgende Erwerber dinglicher Rechte, also den potentiellen Erwerber von Eigentum oder eines Pfandrechts an der Sache, begreifen, nicht aber sonstige, ungesicherte künftige Gläubiger.[629] Das scheint auch das Verständnis im Schrifttum der ersten Hälfte

622 OGH 1 Ob 844/27, SZ 9/195.
623 So in OGH 3 Ob 116/69, EvBl 1970/109.
624 Siehe III.A.2.c.(ii.) unter 1.
625 Vgl *B. Koch* in FS Koziol 197 (198 f).
626 *Hinteregger* in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer,* ABGB 2011, 175: Kfz-Verpfändung mittels Typenschein-Übergabe, im Übrigen Einführung gesetzlich standardisierter Pfandzeichen; *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1376 f, 1391).
627 *Migsch* in FS Welser 711, insbesondere unter Rückgriff auf historische Argumente.
628 Zur zweiten Frage unten III.A.2.c.
629 Dazu ausführlich oben II.B.1.c.(ii.).

des 19. Jahrhunderts gewesen zu sein.[630] In der Folge zeichnet sich lange keine eindeutige Linie ab; die Frage wird wohl kaum bewusst wahrgenommen. Es finden sich in Lehre und Rechtsprechung, wie einige bereits erwähnte Momentaufnahmen nahelegen, noch über relativ lange Zeit Anhaltspunkte für die genannte, ungesicherte Drittgläubiger ausklammernde Auffassung.[631] Noch 1928 vermerkt *Kiwe* in seiner Monographie zur Sicherungsabtretung im gleichen Sinne mit aller Deutlichkeit, als »jedermann« iSd §§ 427, 452 ABGB komme »doch wohl nur ein präsumptiver Zessionar in Frage«.[632] Doch ist das Bild keineswegs eindeutig: Eine Entscheidung aus dem Jahr 1909 stellt auf dritte Personen ab, »als welche im vorliegenden Falle die Konkursgläubiger in Frage kommen«,[633] und bezieht damit ungesicherte Gläubiger in den Schutzbereich des § 452 ABGB ausdrücklich mit ein.[634]

Die heute hA bedient sich einer Formel von letztlich ausgesuchter Dunkelheit: »Jedermann« ist jeder, der sich für die bestimmte Sache interessiert, kurz »**jeder Interessent**«.[635] Daraus wird man folgern können, dass jedenfalls Erkennbarkeit

---

630 Vgl *Nippel,* Erläuterung III 461, der zunächst zu den bei Verpfändung eines Warenlagers erforderlichen Zeichen ausführt, diese müssten von einer Art sein, dass derjenige, dem in der Folge das Warenlager verkauft oder weiter verpfändet werden soll, von der früheren Verpfändung in Kenntnis gesetzt werde. Sodann (aaO 462) vertritt er die Auffassung, bei der Beurteilung, ob die gewählten Verpfändungszeichen hinreichend seien, scheine mit größerer Strenge vorgegangen werden zu müssen, wenn mehrere Personen an derselben Sache ein Pfandrecht erlangt haben, als wenn es bloß um das Verhältnis zu Konkursgläubigern gehe. Denn im ersten Fall handle es sich um das Recht eines um Sicherstellung besorgten Gläubigers, der von einer unzureichenden Kennzeichnung irregeführt würde. Im zweiten Fall hingegen ginge es um »die Rechte jener Gläubiger, welchen wegen ihrer Unbesorgtheit die Verpfändung auch in dem Falle unbekannt geblieben wäre, wenn wirklich ein passendes Zeichen erwählt worden wäre«. Das zeigt zumindest, dass ungesicherte Gläubiger für deutlich weniger schutzwürdig angesehen werden. Wohl auch legen die Ausführungen nahe, dass gar nicht davon ausgegangen wurde, ungesichert kreditierende Gläubiger würden sich für die allenfalls als Verwertungsgrundlage verfügbaren Vermögensgegenstände derart interessieren, dass ihnen durch das Anbringen von Zeichen welcher Güte auch immer eine wirksame Warnung zuteilwerden könnte.

631 Vgl oben III.A.1. unter 2. bei FN 582 zur Auffassung *Wellspachers* sowie ebendort unter 3. nach FN 590 zu OGH GlUNF 4.310.

632 *Kiwe,* Abtretung 32. Die Frage hat für ihn wesentliche Bedeutung dafür, dass das ordnungsgemäße Setzen eines Buchvermerks – den ein nachfolgender potentieller Forderungserwerber nicht übersehen wird, von dessen Existenz aber sonstige Drittgläubiger kaum Kenntnis erlangen können – als Publizitätsakt genügt.

633 OGH 15.12.1909, GlUNF 4.833. Auch hier ging es um die Sicherungszession von Buchforderungen; der OGH lässt in diesem Urteil eine Ersichtlichmachung der Zession durch Stampiglie in Handelsbüchern des Sicherungsgebers nicht ausreichen.

634 Ein weiteres Zeugnis, wenngleich eher mittelbar, liefert OGH 21.12.1882, GlU 9.233: Hier wird für die Frage, ob ein an einer verpfändeten Stickmaschine angebrachter Pfandzettel hinreichend erkennbar iSd § 452 ABGB war, in starkem Maße darauf abgestellt, dass einer klar überwiegenden Anzahl von Kunden des Verpfänders, die sein Stickereilokal betreten hatten, die Existenz des Zettels tatsächlich aufgefallen war. Solche Kunden verkörpern, sollten sie im Voraus bezahlen, ein typisches Beispiel des ungesicherten Gläubigers.

635 Grundlegend wohl OGH 3 Ob 966/27, SZ 9/199; die Formel folgt danach »gerade aus [dem] Publizitätsgedanken«. Aus der jüngeren Rsp etwa OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78; 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 *(Spielbüchler);* 8 Ob 47/13i, ÖBA 2014, 389. Aus dem Schrifttum *Ehrenzweig,* System I/2[2]

für jemanden gemeint sein wird, der die Sache erwerben oder ein Sicherungsrecht daran begründen möchte. Man wird auch schlussfolgern dürfen, dass dritte Personen, die nicht einmal eine Forderung gegenüber dem Pfandbesteller haben, die Begründung einer solchen in keinster Weise in Erwägung ziehen und überdies vielleicht von der Existenz der Sache keine Kenntnis haben, nicht auf die Verpfändung aufmerksam gemacht werden müssen. Dieses Segment von Dritten ist im vorliegenden Zusammenhang aber ohnehin von Haus aus irrelevant. Dazwischen ist eigentlich alles offen. Ein ungesicherter Gläubiger »interessiert« sich zumindest in abstracto für jeden einzelnen Vermögenswert des Schuldners, mag dieser ihm auch unbekannt sein, weil die Sache zum Haftungsfonds beiträgt. In jener Entscheidung, die die genannte Formel geprägt hat, wird dagegen sogar ausgesprochen akribisches Interesse vorausgesetzt, waren doch die gegenständlichen Verpfändungsmarken am Pfandobjekt (einer Statue) absichtlich so angebracht, dass sie nur schwer und vor allem nicht für jedermann, der das fragliche Geschäftslokal betrat, bemerkbar waren.[636] Zudem fügt der OGH seiner Formel in der besagten Entscheidung folgende, einigermaßen kryptische Bemerkung an: »Nicht jeder Beliebige soll die Tatsache der Verpfändung erkennen können. Eine solche Anforderung würde dem Kreditbedürfnisse der Wirtschaft vielmehr direkt widerstreiten.« Das einzig plausible Verständnis dieses Satzes scheint mir dahin zu gehen, dass gerade für solche Geschäftspartner des Pfandschuldners, die bereit sind, mit diesem ungesichert zu kontrahieren, die Verpfändung nicht erkennbar sein muss (eigentlich sogar nicht erkennbar sein soll). Die ganz hA versteht die Formel von »jedem Interessenten« genau umgekehrt: Gerade auch auf Erkennbarkeit für solche ungesicherten Gläubiger kommt es an. Erfasst sind »Kreditgeber im weitesten Sinn« und damit »alle potentiellen Gläubiger …, die aufgrund eines Vertrages vorleistungspflichtig werden können und demnach Interesse an Information über die Vermögenslage des Schuldners und über Kollisionsrisiko beim Erwerb von Befriedigungsvorrechten am Vermögen des Schuldners haben«.[637] Sinngleich

---

408 f; *Klang* in *Klang,* ABGB II² 435; *Hofmann* in *Rummel,* ABGB I³ § 452 Rz 4; *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III⁵ § 452 Rz 4; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 19 f (Rz 1/35) mwN.

636 Der Sachverhalt von SZ 9/199 liest sich in der Tat so, als wäre nur alles erdenklich Mögliche unternommen worden, um »Interessenten« die Kenntnisnahme von der Verpfändung zu erschweren, sie aber nicht schlechterdings zu verhindern: Die Verpfändungsmarken waren »an der Schnittfläche des rechten rückwärtigen Eckes des Sockels der Statue so angebracht …, daß nur ein kleines Eckchen vorsteht. Dieser Zettelteil ist nur bei genauer Besichtigung der Statue von der Seite bemerkbar, der Inhalt der schriftlichen Aufzeichnung des Zettels kann jedoch nur bei Abheben des nicht angeklebten Teiles und nur bei künstlicher Beleuchtung aus nächster Nähe festgestellt werden«.

637 Zitiert nach *Kaller,* Sicherungszession 26 (wobei die Erwähnung von »Befriedigungsvorrechten« am Ende der Passage dezidiert keinen Ausschluss ungesicherter Gläubiger bedeuten soll; das letzte »und« ist somit besser als »und/oder« zu lesen). Im Übrigen ergibt sich das Nämliche idR aus dem Kontext: Prozessgegner des Pfandgläubigers ist typischerweise ein

formuliert der OGH, der Zweck der Publizitätsvorschrift des § 452 ABGB bestehe darin, dass künftige potentielle Gläubiger das Ausscheiden des Sicherungsobjekts aus dem Haftungsvermögen verlässlich erkennen können.[638]

Die vorstehende Diskussion zum Kreis der Schutzadressaten des § 452 ABGB zeigt, dass sich im Laufe der Entwicklung auch in dieser Hinsicht eine Ausweitung bzw Verschärfung des Publizitätsverständnisses ergeben hat. Im Ergebnis bestätigt sich der von *Hromadka* für andere Rechtsordnungen des deutschen Sprachraums herausgearbeitete Befund zum Faustpfand,[639] dass nämlich – nach einer Frühphase, in der der Schutz des Pfandgläubigers selbst im Vordergrund stand – zunächst Sacherwerber und nachfolgende Pfanderwerber Begünstigte der (durch das Faustpfand geschaffenen) »Publizität« gewesen sind und relativ spät erst der Schutz ungesicherter Drittgläubiger hinzutritt.

Damit soll dieser spezielle, gleichsam nach Gläubigerkategorien differenzierende Blick auf den »Jedermann«-Tatbestand der §§ 427, 452 ABGB wieder beendet werden. Die eigentliche Funktion der Wortfolge »woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann« ist ja eine andere. Es geht darum, einen objektiven Maßstab dafür zu etablieren, welchen Anforderungen mit dem Pfandobjekt in Beziehung gesetzte »Zeichen« genügen müssen, um eine wirksame Pfandrechtsbegründung herbeizuführen. Sind diese Standards erfüllt, entsteht das Pfandrecht – mit Wirkung gegenüber (nun im allgemeinsten Wortsinn:) jedermann. Natürlich kann aber die Rückbesinnung auf den Kreis von Schutzadressaten und die den einzelnen Kategorien vernünftigerweise abzuverlangende Sorgfalt dazu beitragen, diese Standards zu konkretisieren.

c. *Taugliche Zeichen, im Speziellen am Beispiel des Warenlagers*

(i.) Allgemeines

Die zur Verpfändung verwendeten Zeichen müssen nach § 452 ABGB so beschaffen sein, dass daraus »jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann«. § 427 ABGB, auf den verwiesen wird, gibt Beispiele. Dabei wird zuweilen zwischen »Zeichen im weiten Sinn« und »Zeichen im engen Sinn« unterschieden.[640] Der Wert der Kategorisierung ist angesichts mancher Anforderungen der heutigen Judikatur begrenzt,[641] zur Systematisierung der gesetzlichen Vorgaben aber durchaus

Pfändungsgläubiger (wie in OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78) oder der Insolvenzverwalter (zB in OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216).

638 Etwa in OGH 1 Ob 290/00d, SZ 74/112; 4 Ob 100/04s, ÖBA 2004, 867 *(Koziol),* jeweils zur Sicherungszession.

639 Siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip (insb 47 ff) und *dens,* ZSR 111 (1970) 117 (131 ff).

640 So bei *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 149 ff; vgl auch *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 427 Rz 6.

641 So lässt sich der bei *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 182 ff unter »Zeichen iwS« behandelte, praktisch besonders bedeutsame Fall der Warenlagerverpfändung mittels Hinweisschildern und

brauchbar: In die erste Kategorie der Zeichen iwS fallen die in § 427 ABGB genannten »Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, oder die Werkzeuge …, durch die der Übernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen«. Vor allem der **Werkzeugs**-Tatbestand ist für die Entwicklung des in diesem Teilkapitel untersuchten Bereichs prägend. Er ist – schon dem Wortlaut nach (»ausschließend«) – dadurch charakterisiert, dass das Werkzeug dem Gläubiger die exklusive Zugriffsmöglichkeit auf die Pfandsache sichert.[642] Umgekehrt muss der Zugriff des Übergebers durch die getroffene Maßnahme ausgeschlossen sein; paradigmatisches Beispiel ist die Übergabe des Schlüssels – genauer: die Übergabe aller existierender Schlüssel – zu einem Raum, in dem die Sache verschlossen ist.[643]

In die zweite Kategorie der Zeichen ieS fallen sonstige Mittel der Pfandrechtskundgabe, beispielsweise auf der Sache angebrachte Verpfändungsmarken. Grundsätzlich besteht zwischen Zeichen iwS und Zeichen ieS kein Hierarchie- oder Subsidiaritätsverhältnis. Die Parteien können wählen.[644] Man kann allerdings feststellen, dass der beim Werkzeugs-Tatbestand charakteristische Aspekt eines Entzugs der Dispositionsmöglichkeit des Pfandbestellers auf das aktuelle Verständnis jener Maßstäbe, denen sonstige Zeichen (jene ieS) genügen müssen, gewissermaßen abfärbt.[645] Zum gleichen Effekt kommt es, wenn für die Anwendung des § 452 ABGB Anleihe an der körperlichen Übergabe gemäß § 451 ABGB genommen wird.[646] Im Ergebnis gelangt die hA damit auch bei den an diese »Zeichen ieS« zu stellenden Anforderungen zu einer strengen Handhabung des

---

zusätzlicher Bestellung einer Vertrauensperson kaum klar der einen oder der anderen Kategorie zuordnen.

642 Dass tatsächlich bereits zugegriffen und damit Gewahrsame an der Sache begründet würde, ist freilich nicht verlangt; dann wäre sogar von einer wirklichen Übergabe »von Hand zu Hand« auszugehen (§§ 426, 451 ABGB). §§ 427, 452 ABGB meinen hingegen die Befähigung des (Pfand-)Erwerbers, sich in den Besitz der Sache zu setzen; vgl idS *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 163 ff; *Spielbüchler,* Anmerkung zu OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 (220) gegen *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 34 (der zur Einordnung bei der wirklichen Übergabe tendiert). Siehe ferner *Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang^3 (2018) § 427 Rz 10.

643 Vgl statt vieler *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB^4 § 427 Rz 5 mwN. Das heimliche Zurückhalten eines Schlüssels durch den Übergeber soll nach manchen nicht schaden.

644 *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 163; aA *Sailer,* ÖBA 2001, 211 (214) unter Berufung auf den grundsätzlich bei der Beurteilung symbolischer Übergabeformen anzuwendenden strengen Maßstab.

645 Zutreffend beobachtet bei *Migsch* in FS Welser 711 (insb 736 f). Ganz deutlich für eine Anlehnung der Maßstäbe für die Verpfändung durch Zeichen nach § 452 ABGB am Leitbild des Besitz- bzw Dispositionsentzugs jüngst *Riss* in FS Iro 401 (421 f).

646 So die Analyse bei *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX^2 21 (Rz 1/37), der in Hinblick auf die aktuelle Judikatur zum Erfordernis einer »Vertrauensperson« (bzw eines Lagerhalters) bei der Warenlagerverpfändung das Einbinden von Elementen des Faustpfandprinzips (Gewahrsamsentzug, effektive Kontrolle des Gläubigers) konstatiert. Besonders deutlich in diese Richtung zB OGH 3 Ob 113/84, JBl 1965, 541. – Vgl in diesem Sinne auch *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 182 ff (insb 195 ff).

§ 452 ABGB. Im Folgenden werden Fälle im Vordergrund stehen, in denen die Verpfändung (zumindest auch)[647] mittels der zweiten Kategorie der »Zeichen ieS« erfolgt. Diese stehen in Hinblick auf die praktischen Schwierigkeiten der Fahrnisverpfändung nach geltendem österreichischem Recht im Vordergrund des Interesses.

Bereits an dieser Stelle kann im Übrigen ein im internationalen Vergleich wesentlicher Aspekt festgehalten werden: Eine einheitliche Pfandrechtsbegründung an einem **Unternehmen** bzw auch nur an seinen beweglichen Bestandteilen kommt nach österreichischem Recht nicht in Betracht, und zwar schon in Ermangelung eines geeigneten Publizitätsakts: Eine körperliche Übergabe des gesamten Unternehmens an den Gläubiger scheidet aus; taugliche Zeichen, die den Publizitätsanforderungen des § 452 ABGB entsprechen würden, existieren nicht.[648] Das Besitzkonstitut ist ohnehin unzureichend. Der Befund zum Fehlen einer tauglichen einheitlichen Übertragungsform geht Hand in Hand mit Bedenken in Hinblick auf das sachenrechtliche Spezialitätsprinzip.[649]

Als Anschauungsbeispiel wird in der Folge die Verpfändung eines **Warenlagers** dienen.

(ii.) Exkurs: Spezialität, Gesamtsache, Ermächtigung zur lastenfreien Verfügung

Hierzu ist zunächst ein kurzer Einschub erforderlich, der zugleich Gelegenheit gibt, einige allgemeine, in der bisherigen Darstellung beiseite gestellte Wirksamkeitsvoraussetzungen des Pfandrechts kurz anzusprechen.

1. Zunächst gilt für den Erwerb des Pfandrechts das allgemeine sachenrechtliche **Spezialitätsprinzip.** Nach hA sind Gegenstand dinglicher Rechte und sachenrechtlicher Verfügungen immer nur Einzelsachen und müssen daher die Erfordernisse für den Erwerb und Bestand des dinglichen Rechts für jede erfasste Sache erfüllt sein.[650] Eine zweite generelle Frage betrifft die Verpfändung »**zukünftiger**

647 Vgl FN 641.

648 Vgl OGH 7 Ob 310/65, EvBl 1966/232. Ausführlich in jüngerer Zeit *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 122 ff; vgl ferner *Klang* in *Klang,* ABGB II² 408; *Kisslinger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 302 Rz 27; *Zoppel* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III⁵ § 302 Rz 4, 6.

649 Vgl aus exekutionsrechtlicher Perspektive *Oberhammer,* Unternehmen, Gesamtsache, Unternehmenszubehör – und Pfändung. Überlegungen zu Gegenstand und Wirkung des Pfändungspfandrechts in der »Unternehmensexekution«, in FS Krejci (2001) 257 (266 ff). Er spricht sich dabei in rechtspolitischer Hinsicht auch deutlich gegen die Schaffung eines »Unternehmenspfandregisters« für rechtsgeschäftlich begründete Pfandrechte an Unternehmen (bzw dem damit verbundenen Vermögen) aus, vor allem wegen zu befürchtender Rangprobleme zwischen Rechten an Gesamt- und Einzelsachen und der Gefahr des Aushöhlens der Werthaltigkeit von Sicherungs- oder Exekutionsmitteln bezüglich Einzelsachen und -rechten (aaO 269).

650 Vgl etwa *Helmich* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON$^{1.04}$ (2018) § 302 Rz 1 ff, 18 ff; *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 302 Rz 3; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 50; *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 188

Sachen«, also solcher, die bei Abschluss des Pfandbestellungsvertrags noch gar nicht existieren oder vom Verpfänder erst erworben werden müssen. Diesbezüglich gilt, dass das Pfandrecht erst mit Entstehen bzw Erwerb der Sache (an dieser) wirksam wird,[651] vorausgesetzt natürlich, alle weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen einschließlich jener der Publizität sind in diesem Zeitpunkt erfüllt.

Mit dem Spezialitätsprinzip ist grundsätzlich ohne weiteres vereinbar, dass Warenlager im Regelfall eine **Gesamtsache** iSd § 302 ABGB[652] darstellen; auch dann ist Gegenstand des Pfandrechts jeder einzelne Bestandteil, aus dem sich das Lager zusammensetzt (und nicht »die Gesamtsache« als einheitliches Ganzes).[653] Praktisch bedeutsam ist das Konzept der Gesamtsache für die Warenlagerverpfändung nach ABGB allerdings insofern, als die »**Untunlichkeit**« einer körperlichen Übergabe von Hand zu Hand in Bezug auf die Gesamtsache, also zB das Warenlager insgesamt, geprüft wird und nicht bezogen auf jeden einzelnen Bestandteil. Damit gewinnt der Mengenaspekt entscheidende Bedeutung und tritt die Größe und Sperrigkeit der Einzelteile häufig völlig zurück. Ein umfangreiches Lager auch von kleinen Einzelteilen kann mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln nicht körperlich übergeben werden. Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich des § 452 ABGB somit in vielen Fällen vergleichsweise unproblematisch eröffnet.[654] Mit einmaligem Setzen des erforderlichen Modus entsteht damit das Pfandrecht an jedem einzelnen Bestandteil des Lagers zu diesem Zeitpunkt.

2. Daneben ist gerade bei Warenlagern mit wechselndem Bestand von wesentlicher Bedeutung, dass zu einem späteren Zeitpunkt neu in das Lager aufgenommene Einzelstücke ebenfalls vom Pfandnexus erfasst werden. Hier kommt erneut die Frage auf, welche Anforderungen das Spezialitätsprinzip an einen solchen **nachträglichen Erwerb** stellt. In diesem Punkt gehen die im österreichischen Schrifttum vertretenen Auffassungen erheblich auseinander. Manche knüpfen unmittelbar am Konzept der Gesamtsache an, darunter *E. Demelius,* dessen Auseinandersetzung mit dieser Frage bis heute zu den ausführlichsten in Österreich

---

(Rz 9/8); vgl auch *Klang* in *Klang,* ABGB II² 37 ff; unter den Älteren etwa *Exner,* Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht (1867) 244 ff.

651 Vgl etwa *Welser/Kletečka,* Grundriss I¹⁵ 415 (Rz 1183); *Ehrenzweig,* System I/2² 393; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 4 (Rz 1/6).

652 Grob gesprochen ist dies eine Mehrheit von Einzelsachen, die nach objektiven Maßstäben durch einen gemeinsamen Zweck verbunden ist und im Verkehr mit einem gemeinsamen Namen bezeichnet wird. Einzelheiten können hier beiseite stehen; siehe dazu etwa *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 302 Rz 2; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 7 f (Rz 1/13); *Kisslinger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 302 Rz 1 f.

653 Seit langem hA; vgl *Klang* in *Klang,* ABGB II² 37 ff; *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 302 Rz 2 f; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 50; *Kisslinger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 302 Rz 8. Siehe auch bereits *E. Demelius,* Pfandrecht 147 ff.

654 Vgl bereits oben III.A.2.a. mit Nw in FN 616, 617. – Zu den erforderlichen »Zeichen« unten III.A.2.c.(iii.).

zählt.[655] Er fasst seine Überlegungen dahin zusammen, dass in der Verpfändung einer Gesamtsache, beispielsweise eines Warenlagers, »trotzdem hier völlige Bestimmtheit und Begrenztheit hinsichtlich der individuellen Pfandobjecte wenigstens im Moment der Verpfändung nicht vorliegt, dennoch eine Ausnahme vom Spezialitätsprincip nicht zu erblicken ist. Sofern die Parteien nicht ausdrücklich nur diejenigen Stücke verpfändeten, welche zur Zeit der Verpfändung die Gesammtsache bildeten, ergreift das Pfandrecht die Gesammtsache als Einheit in allen ihren jeweiligen Phasen und Zusammensetzungen, so daß folgerichtig die etwaige Realisierung des Pfandrechts sich nur auf jene Stücke, aber auch auf *alle* jene Stücke erstreckt, welche zu dieser Zeit Theile der Gesammtsache sind. … Unter Spezialität des Pfandrechts ist eben nicht zu verstehen, daß *im Momente der Verpfändung* bereits feststeht, welche einzelnen, speziellen Güter seinerzeit, sofern es zur Befriedigung aus dem Pfande kommen wird, factische Deckung bieten werden, sondern daß seinerzeit bei *Realisierung* des Pfandrechts kein Zweifel darüber bestehen kann, welches die Deckungsobjecte sind«.[656] Nach dieser Auffassung wirft das Spezialitätsprinzip keine zusätzlichen Probleme auf. Es bedarf lediglich der Vereinbarung (die sich allenfalls auch aus den Umständen ergeben kann), dass später in das Lager eingebrachte Waren mitverpfändet sein sollen, vorausgesetzt der erforderliche Publizitätsakt ist ordnungsgemäß gesetzt. Ähnlich vertreten auch einige spätere Autoren und Entscheidungen, dass das Pfandrecht aufgrund der getroffenen Vereinbarung und ohne zusätzliche Voraussetzungen den jeweiligen Lagerbestand erfasst.[657]

Unbestritten ist dies wie angedeutet nicht. Insbesondere wird vertreten, der Spezialitätsgrundsatz erfordere für die Hereinnahme neuer Sachen die Bestellung einer Vertrauensperson (»Pfandhalters«) des Gläubigers.[658] Eine klare Begründung für diese Auffassung findet man kaum. Bei manchen Autoren klingt immerhin die Vorstellung an, der Lagerbestand müsse stets stückmäßig genau erfasst sein, was

655 Siehe *E. Demelius,* Pfandrecht 147 ff, insb 150 f.

656 *E. Demelius,* Pfandrecht 150 f (Hervorhebungen im Original).

657 IdS *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 50 f; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 8 (Rz 1/14); *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 302 Rz 3; OGH 5. 1. 1915, GlUNF 7.233 (Warenlager); 2 Ob 631/26, Rsp 1926/166 mit zustimmender Anmerkung *Wahle* (jeweiliger Inhalt von Weinfässern). – Nicht unähnlich im Übrigen bereits *Zeiller,* Commentar II/1, 28 (zu § 302 ABGB), auch wenn seinen dortigen Ausführungen die damalige Vorstellung von der Gesamtsache als selbständiges Rechtsobjekt zugrundeliegt.

658 So *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III⁵ § 452 Rz 2, 4 und § 448 Rz 3; *Gschnitzer,* Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts – Sachenrecht¹ (1968) 170; abweichend *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher,* Österreichisches Sachenrecht² (1985) 194 (Vertrauensperson oder Pfandzettel). Aus der Rsp OGH 3 Ob 113/84, JBl 1965, 541 (allerdings unter unzutreffendem Verweis auf OGH 7 Ob 310/65, EvBl 1966/232: dort wird zwar das Spezialitätsprinzip im Allgemeinen angesprochen, nicht aber die Notwendigkeit eines Pfandhalters). Gegen Erforderlichkeit einer Vertrauensperson aus Gründen des Spezialitätsprinzips *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 187 ff.

offensichtlich in den Aufgabenbereich dieser Vertrauensperson falle. So lehren *Schinnerer/Avancini,*[659] mittels Bestellung eines Vertrauensmanns der Gläubigerbank sei die Verpfändung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand zulässig, »wenn eine Inventarisierung und damit Feststellung des Anfangsbestandes erfolgt und durch sorgfältige Erfassung der Zu- und Abgänge eine dem Faustpfandgrundsatz entsprechende Klarheit über den Umfang des Pfandgutes sichergestellt wird«. Die Bezugnahme auf »das dem Faustpfandprinzip entsprechende Verhältnis« begegnet in Zusammenhang mit der Wahrung des Spezialitätsprinzips durch Pfandhalter auch bei anderen Autoren;[660] dabei verschwimmen allerdings die Funktionen von Spezialitäts- und Publizitätsprinzip oder ist (was freilich nicht deutlich gemacht wird) überhaupt nur letzteres angesprochen.[661]

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesen Theorien wird an dieser Stelle unterbleiben. Im Grunde hat *E. Demelius* in seinen oben wiedergegebenen Ausführungen das mE Wesentliche gesagt. Man muss sich nur bei all dem nicht unbedingt auf das Konzept der Gesamtsache beziehen. Zu denken geben sollte den Vertretern der strengeren Auffassungen auch, dass bei der heute allgemein anerkannten Sicherungsglobalzession ebenfalls deutlich liberalere Kriterien gelten, wenngleich auch dort kein völliger Meinungsgleichklang gegeben ist.[662] Warum abhängig von der Körperlichkeit bzw Unkörperlichkeit des Sicherungsguts grundlegend anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Ein faktischer Unterschied besteht lediglich insoweit, als sich für die Spezifizierung körperlicher Gegenstände (auch) eine Spezifizierung des Raums eignet, in dem sich diese Gegenstände zum jeweiligen Zeitpunkt befinden. Eine allgemeinere Diskussion des Spezialitätsgrundsatzes in Kapitel V wird die hier in Anschluss an *E. Demelius* für maßgebend erachteten Ansätze bestätigen.[663]

3. Neben der Eingliederung neu hinzukommender Gegenstände in den Haftungsverband stellt sich beim Warenlager die umgekehrte Frage des **Ausscheidens**

---

659 *Schinnerer/Avancini,* Bankverträge II: Kreditvertrag; Kreditsicherung; Bankgarantie³ (1978) 189.

660 So bei *Klang* in *Klang,* ABGB II² 39. Alternativ zum Pfandhalter erwähnt er die Mitsperre des Gläubigers.

661 So wohl bei *Klang* aaO. Jedenfalls geht es bei *Ehrenzweig,* auf den er Bezug nimmt, eindeutig nicht um Spezialität, sondern nur um Publizität (vgl *Ehrenzweig,* System I/2² 50).

662 Hierzu unten III.C.2.a.

663 Siehe unten V.C.2.a.(ii.) zum DCFR. Zu beachten ist, dass jede Rechtsordnung durch nähere inhaltliche Ausgestaltung einer Individualisierungsregel oder auch durch Ausgestaltung des jeweiligen normativen Umfelds die Anforderungen an eine wirksame Konkretisierung abweichend von anderen Rechtsordnungen regeln *kann.* Die Unterschiede in den Spezifizierungsanforderungen zwischen dem DCFR und dem geltenden österreichischen Recht werden allerdings nicht als erheblich eingeschätzt. Die im Ergebnis entscheidenden Beschränkungen für globale Belastungen im österreichischen Recht ergeben sich mE nicht aus dem Spezialitäts-, sondern aus dem Publizitätsprinzip (vgl zur Sicherungsglobalzession, wo die Publizität letztendlich keine Beschränkungen erzwingt, unten III.C.2.a. aE).

einzelner Gegenstände aus Lager und Pfandhaftung. Im typischen Fall sollen im laufenden Betrieb Waren veräußert werden, deren Erlöse letztlich der Kreditrückführung dienen. Man sollte meinen, dass dies nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen unproblematisch möglich sei: Der Pfandgläubiger erteilt eine **sachenrechtliche Verfügungsbefugnis**, vermöge derer der Pfandbesteller seinen Kunden unbelastetes Eigentum an einzelnen pfandverfangenen Gegenständen verschaffen kann. Die Verfügungsbefugnis kann mit Einschränkungen versehen sein; etwa dass die Veräußerung im ordentlichen Geschäftsbetrieb (zu einem marktüblichen Preis) erfolgt, und/oder dass eine Entnahme aus dem Pfandverband überhaupt nur dann zulässig ist, wenn zugleich andere Waren gleichen Werts in diesen neu aufgenommen werden, bzw unter der Voraussetzung, dass der Gesamtwert des Lagerbestands einen bestimmten Betrag niemals unterschreitet. Die Praxis verfährt in der Tat auf diese Weise.[664] Dies sollte, wie bei anderen Sicherungsinstrumenten – etwa beim Eigentumsvorbehalt, wo die Ermächtigung zur lastenfreien Veräußerung insbesondere im Fall des Barverkaufs vollkommen üblich ist[665] – auch keinerlei Bedenken erwecken. Gleichwohl geht eine ältere Entscheidung[666] davon aus, dass die Vereinbarung der Verfügungsfreiheit des Sicherungsgebers über das verpfändete Warenlager »dem im §. 447 a.b.G.B. festgestellten Begriffe des Pfandrechtes widerstreitet und die Ungiltigkeit des Pfandvertrages bedingt (§. 1371 a.b.G.B.)« (!). Näher begründet ist diese Entscheidung nicht. Vermutlich hat sich der OGH daran gestoßen, dass es dem Pfandbesteller allenfalls offengestanden haben mag, den gesamten Lagerbestand nach eigenem Gutdünken lastenfrei abzuverkaufen und damit die Sicherheit des Pfandnehmers zu beseitigen.[667] Zwar haben nachfolgende Judikate in der Erteilung einer Verfügungsermächtigung über das Sicherungsgut keine Probleme gesehen. Dabei war

664 Vgl etwa die (unbeanstandeten) Vereinbarungen in OGH 5.1.1915, GlUNF 7.233 (Entnahme nur nach Verständigung des Gläubigers und gleichzeitigem Ersatz durch Ware von gleichem Wert oder Erlag einer entsprechenden Geldsumme); ähnlich OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 (dort Wertuntergrenze, kein Gelderlag).

665 Und zwar derart üblich, dass der Kunde des Vorbehaltskäufers bei Barerwerb im ordentlichen Geschäftsbetrieb von einer entsprechenden Verfügungsbefugnis seines Verkäufers ausgehen darf und daher – trotz grundsätzlich strengen Maßstabs – gutgläubig erwirbt, wenn eine solche Verfügungsbefugnis im konkreten Fall nicht vorliegen sollte. Vgl idS OGH 1 Ob 713/86, SZ 60/13; 1 Ob 614/87, JBl 1988, 314; *Bollenberger,* Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖJZ 1995, 641. Diese Rsp wurde schrittweise erweitert. Der Kunde darf nun auch auf das Bestehen einer Verfügungsbefugnis zum lastenfreien Verkauf (also ohne neuerlichen Eigentumsvorbehalt) unter Gewährung eines üblichen Zahlungsziels vertrauen; so OGH 3 Ob 84/02b, JBl 2003, 445 *(Spielbüchler).*

666 OGH 15.12.1881, GlU 8.592; vollinhaltlich zustimmend *Klang* in *Klang,* ABGB VI² 258. *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 188 meint immerhin, »eine *völlig freie* Veräußerungsbefugnis [wäre] mit dem Wesen des Pfandrechts tatsächlich schwer vereinbar« (Hervorhebung im Original).

667 *Klang* (aaO), der dem OGH folgt, hebt die dem Pfandrecht wesentliche dingliche Sicherung des Gläubigers hervor. Dessen Vorzugsrecht sei »der Parteiwillkür entrückt«, weshalb nicht nur die Nebenabrede, sondern das ganze Geschäft wirkungslos sei.

in einem Fall die Ermächtigung ausdrücklich eingeschränkt, sodass sich das zur Befriedigung der gesicherten Forderung belastete Vermögen insgesamt nicht vermindern konnte;[668] in einem anderen Fall ist hingegen von einer Beschränkung der Befugnis zumindest nichts berichtet.[669] Mit § 1371 ABGB haben sich diese Entscheidungen allerdings von vornherein nicht auseinandergesetzt. Sehr wohl aber hat der OGH in seinen beiden wichtigsten Entscheidungen zur Warenlagerverpfändung aus jüngerer Zeit erneut auf den in GlU 8.592 geprägten Rechtssatz der Unwirksamkeit der Verpfändung mit Verfügungsermächtigung nach § 1371 ABGB Bezug genommen, freilich wieder ohne zu dieser Frage eindeutig Stellung zu beziehen. Im ersten dieser beiden Fälle wird der Sache nach immerhin eine Eingrenzung dieses Rechtssatzes vorgenommen, die Grundsatzfrage seiner Berechtigung allerdings ausdrücklich offengelassen: Da nach der konkreten Vertragsgestaltung der Pfandschuldner »nicht nach seinem Belieben« Einzelstücke aus dem Lager entfernen durfte, sondern auf die jeweilige Zustimmung der Pfandgläubigerin angewiesen war, erübrige sich eine Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 1371 ABGB.[670] In der zweiten Entscheidung wird GlU 8.592 dagegen allem Anschein nach zustimmend zitiert.[671]

Hierzu ist wie folgt Stellung zu nehmen: § 1371 ABGB kann der Einräumung einer sachenrechtlichen Ermächtigung zur lastenfreien Verfügung an den Pfandbesteller – bzw der Wirksamkeit der Pfandbestellung in diesem Fall – nicht entgegenstehen, jedenfalls wenn sich die Ermächtigung nur auf entgeltliche Verfügungen bezieht. Es geht mir dabei weniger um den auf den ersten Blick befremdlichen Umstand, dass § 1371 Satz 1 ABGB seinem Wortlaut nach lediglich die Ungültigkeit der Nebenbestimmung (hier also der Verfügungsbefugnis), die als mit der Natur des Pfandvertrags inkompatibel befunden wird, anordnet, wohingegen der OGH in GlU 8.592 gleich dem Pfandbestellungsvertrags im Ganzen die Wirksamkeit abspricht.[672] Vielmehr drängt sich bereits aus *Zeillers* Kommentierung zu § 302 ABGB der Befund auf, dass der Gesetzgeber den Fall des Freiwerdens von Bestandteilen einer verpfändeten Gesamtsache von Anfang an mit bedacht hat – dass dieser

668 OGH 5. 1. 1915, GlUNF 7.233; zur Einschränkung der Verfügungsbefugnis siehe FN 664.

669 OGH 2 Ob 631/26, Rsp 1926/166. Ob hier ein reales Risiko des lastenfreien Abverkaufs des gesamten Sicherungsguts bestand, ist indes fraglich. Gegenstand des Pfandrechts war der jeweilige Inhalt von Weinfässern eines Wirts. Dass der Weinvorrat bei Fortbestehen des Wirtshausbetriebs auf null herabsinken würde, ist nicht zu erwarten.

670 OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78. Gewisse Distanz zu GlU 8.592 klingt an, indem der OGH auf die abweichende spätere Judikatur hinweist.

671 OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 *(Spielbüchler)*.

672 Wäre nur die Verfügungsbefugnis zugunsten des Schuldners ungültig, das Pfandrecht im Übrigen jedoch wirksam, verliefe diese Korrektur allein zum Nachteil des Pfandbestellers. Möglicherweise liegt hierin der unausgesprochene Grund dafür, warum der OGH auf Totalnichtigkeit des Pfandvertrags entschieden hat. Eine andere mögliche Erklärung hat *Klang* aufgezeigt (siehe FN 667).

Fall also nicht bloß dem Wesen der Gesamtsache, sondern eben auch der »Natur des Pfandrechts« entspricht, auf die § 1371 ABGB abstellt. *Zeiller* geht vom Absondern von Einzelteilen bei der Warenlagerverpfändung als normalem Vorgang aus, nur dürften dem Lager nicht »Waren außer dem gewöhnlichen Verkaufswege entzogen werden«.[673] Ob sich das Freiwerden vom Pfandnexus aus einer (zulässigen) physischen Absonderung oder einer (zugelassenen) rechtlichen Verfügung ergibt, kann insoweit keinen Unterschied machen. Zweitens ist nach dem Zweck der §§ 1371 f ABGB zu fragen. Überwiegend werden darin Nebenbestimmungen für unwirksam erklärt, denen die Gefahr der Übervorteilung des Pfandbestellers innewohnt. Damit hat die Einräumung einer Verfügungsbefugnis an den Sicherungsgeber nichts gemein. Lediglich der letzte in § 1371 ABGB genannte Fall (dass der Gläubiger nach der Verfallszeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe) ist anders gelagert. Er unterscheidet sich letztlich aber auch deutlich vom hier diskutierten Fall der Verfügungsbefugnis: Würde das Unterlassen der Verwertung (wirksam) in Bezug auf eine Hypothek oder auf durch Zeichen verpfändete Fahrnis vereinbart werden können, würde dem Pfandgläubiger aus der Pfandsache niemals ein Wert zufließen, das Sicherungsgut bliebe beim Schuldner und der Gläubiger könnte nicht einmal durch Retention[674] faktischen Druck auf den Schuldner ausüben. Dagegen fließen dem Pfandbesteller bei erlaubter entgeltlicher Veräußerung Mittel zu, die zur Tilgung der gesicherten Forderung genutzt werden können. Dass solche Gelder natürlich gewissen Risiken ausgesetzt sind – sei es in Form exekutiven Zugriffs durch Drittgläubiger, sei es in Form anderweitiger Verflüchtigung in der Schuldnersphäre – sollte die Wirksamkeit der Pfandrechtsbegründung an sich nicht beeinträchtigen, sondern schlicht Risiko des Pfandgläubigers bleiben, der es durch Vereinbarung ja auch in gewissem Umfang steuern kann.[675] Und schließlich erscheint ein Gleichklang mit der Behandlung von Verfügungsbefugnissen bei anderen Sicherungsformen geboten; auf den Fall des Eigentumsvorbehalts wurde bereits hingewiesen.[676] Dieses Beispiel zeigt zudem, dass es letztlich sinnlos wäre, dem Sicherungsnehmer die freiwillige Über-

673 Siehe *Zeiller,* Commentar II/1, 28. Auf die Vorstellung des historischen Gesetzgebers weist – unter Bezugnahme auf dieselbe Passage bei *Zeiller* – bereits *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 186 f zutreffend hin. Vgl im Übrigen das übereinstimmende Verständnis beim weiteren frühen Kommentator *Nippel,* Erläuterung III 460 f.

674 Vgl die verbreitete Ansicht, wonach in Fällen eines (nach § 1371 ABGB unwirksamen) Ausschlusses der Pfandverwertung ein gültig vereinbartes Zurückbehaltungsrecht gegeben sein kann. So *Klang* in *Klang,* ABGB VI² 258; vgl auch *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher,* Sachenrecht² 210; *Hofmann* in *Rummel,* ABGB II/3³ (2002) § 1371 Rz 6; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON¹·⁰³ (2017) §§ 1371, 1372 Rz 10, 26; *Rassi* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1371 Rz 30.

675 ZB durch Erlag der Erlöse auf einem dem eigenmächtigen Schuldnerzugriff entzogenen Konto oder durch Beschränkung der Verfügungsbefugnis (vgl etwa die in FN 664 zitierten Beispiele).

676 Oben bei FN 665.

nahme eines Risikos (hier durch Ermächtigung zur lastenfreien Verfügung) zu verwehren, dem er ansonsten (aufgrund gutgläubigen Erwerbs durch Kunden des Sicherungsgebers) ohnehin in ähnlicher Form ausgesetzt wäre. Durchschlagende Gründe für eine Verschiedenbehandlung sind nicht zu erkennen. Dass der Eigentumsvorbehalt im Gegensatz zum Pfandrecht publizitätslos möglich ist, mag allenfalls für das erwähnte Gutglaubenserwerbsrisiko einen gewissen Unterschied machen. Für die grundlegende Frage, ob ein Sicherungsrecht wegen erteilter Dispositionsbefugnis seinen Charakter als Sicherungsrecht verliert, sind Publizitätsaspekte irrelevant.

Als wesentliches **Ergebnis** zur obigen Diskussion kann festgehalten werden: Unbedenklich ist, wie auch der OGH bereits ausgesprochen hat,[677] zunächst jedenfalls die Einräumung einer Ermächtigung zur lastenfreien Verfügung nur gegen Hereinnahme neuer, gleichwertiger Pfandgüter. Hier bleiben der Sicherungswert und damit auch die Sicherungsfunktion des Pfandrechts ja völlig unangetastet. Daneben hat sich ergeben, dass die Einräumung einer sachenrechtlichen Befugnis jedenfalls zur entgeltlichen Disposition über das Sicherungsgut (auch ohne unmittelbare Neuverpfändung im Austauschweg) keine Gefahr für die Unwirksamkeit des Pfandrechts gemäß § 1371 ABGB darstellt. Grenzen sollten, wenn überhaupt, nicht eng gezogen werden, wenngleich natürlich das historische Argument wie gesehen gerade bei der Verfügung über Teile einer Gesamtsache im ordentlichen Geschäftsgang unmittelbar trägt. Alle weiteren und damit insbesondere teleologische Gründe sind allerdings für Pfandrechte an anderen als Gesamtsachen ebenso einschlägig. Damit sollten die praktisch relevanten Bereiche abgedeckt und Unsicherheiten aufgrund § 1371 ABGB diesbezüglich ausgeschlossen sein. Schließlich habe ich aber auch Sympathie dafür, von einer Beschränkung auf entgeltliche Verfügungen oder Verfügungen eines bestimmten Umfangs abzusehen. Ob und wie weit der Gläubiger den Bestand seines Pfandrechts abzusichern sucht oder schlicht auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners vertraut, soll seine Entscheidung und damit auch sein Risiko sein. Eine Beschneidung der Privatautonomie ist somit weder zum Schutz des Gläubigers, noch zu jenem des Sicherungsgebers (dem die Verfügungsbefugnis ja höchstens nützt) erforderlich.[678] Im Gegenteil: Soviel Flexibilität verträgt die »Natur des Pfandrechts« durchaus. Der Wertung des Gesetzes in § 1371 letzter Fall ABGB, der verhindern will, dass eine durchsetzbare Befriedigungsmöglichkeit niemals entsteht, unterliegt der Fall einer unbeschränkten Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers schließlich ebenso nicht. Denn bis zum vollständigen Ausnützen dieser Dispositionsbefugnis – zu

677 OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78.
678 Um den Schutz dritter Gläubiger geht es bei der schuldrechtlichen Bestimmung des § 1371 ABGB von vornherein nicht.

der sich der Schuldner ja gar nicht besonders gedrängt sehen muss[679] – besteht das Pfandrecht in jedem Fall. Für eine gänzliche Unwirksamkeit des Pfandrechts nach dem Muster von GlU 8.592 fehlt es somit sowohl an praktischem wie auch an theoretisch-konzeptionellem Bedarf.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass in der österreichischen Diskussion die Frage der Verfügungsermächtigung über das Sicherungsgut zuweilen auch mit dem bereits zum umgekehrten Szenario des Einbringens neuer Sachen in den Haftungsverband diskutierten sachenrechtlichen **Spezialitätsprinzip** in Zusammenhang gebracht wird: *Eicher* bespricht dabei die als Regelfall angenommene Konstellation, dass die Pfandvereinbarung nur eine im Rahmen der ordentlichen Wirtschaftsführung gelegene Verfügung deckt, allenfalls verbunden mit einer wertmäßigen Begrenzung. Dazu hält er fest, dass es in einem solchen Fall »nicht dem Zufall oder der Willkür des Pfandschuldners überlassen [bleibt], ob Pfandgegenstände aus der Haftung getrennt werden und wie groß der Haftungsfonds im Verwertungszeitpunkt ist. Vielmehr ist die Pfandhaftung auf diesem Weg einer objektiv nachvollziehbaren und auch weitestgehend vorhersehbaren Schwankungsbreite unterworfen, welche insoweit in keinem Widerspruch zum pfandrechtlichen Spezialitätsprinzip steht«.[680] Dies wirft natürlich die Frage auf, ob bei weitergehender Verfügungsermächtigung ein solcher Widerspruch zum Spezialitätsprinzip anzunehmen wäre und welche Rechtsfolgen sich bejahendenfalls hieraus ergäben. *Eicher* geht hierauf nicht ein. Denkt man die Widerspruchs-These konsequent fort, müsste man – wegen Verletzung des Spezialitätsgrundsatzes – zur Unwirksamkeit des Pfandrechts allein aufgrund des Bestehens (dh nicht einmal erst aufgrund der Ausübung) der »zu weit« gehenden Verfügungsbefugnis gelangen. Das kann nicht überzeugen und ein solches Ergebnis liegt ganz offensichtlich auch *Eicher* fern. Richtig kann es dem Spezialitätsgrundsatz nur daran gelegen sein, dass feststellbar ist, welche Vermögenswerte zu einem bestimmten Zeitpunkt Gegenstand des dinglichen Rechts sind.[681] Für diese Beurteilung reicht die Zuordnung zum Haftungsverband im Beurteilungszeitpunkt völlig aus.[682] In diesem Zeitpunkt bestehende bloße Möglichkeiten eines späteren Freiwerdens sind irrelevant.

679 Das gilt nicht zuletzt für die aus Sicht der Sicherungsfunktion besonders problematische unentgeltliche lastenfreie Verfügung über das gesamte Sicherungsgut. Der Pfandschuldner begibt sich damit ja primär eigenen Vermögens, beeinträchtigt also nicht bloß die Sicherung des Gläubigers. Allenfalls unterliegt die unentgeltliche Verfügung zudem der Anfechtung.

680 *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 188.

681 Näher hierzu neben den Ausführungen weiter oben in diesem Kapitel (Abschnitt 2.) die Analyse zur Sicherungszession (III.C.2.a.) sowie die Diskussion der Individualisierung nach Buch IX DCFR (V.C.2.a.(ii.)).

682 In diesem Sinne dann auch *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 188 f.

(iii.) »Zeichen« und sonstige Maßnahmen bei der Verpfändung von Warenlagern

Ist der Anwendungsbereich des § 452 ABGB eröffnet, hängt nach dem bisher Gesagten das wirksame Entstehen des Pfandrechts in erster Linie von der Verwendung tauglicher »Zeichen« ab. Rechtlich vergleichsweise unproblematisch ist der Gebrauch von »Werkzeugen« iSd § 427 ABGB, zB im Fall des Wegsperrens der verpfändeten Ware unter Übergabe sämtlicher Schlüssel an den Gläubiger. Damit ist die wirksame Verpfändung bewirkt; der Anbringung weiterer »Zeichen« an den Sachen oder im Pfandlager bedarf es nicht.[683] Praktikabel ist ein solches Vorgehen in laufenden Betrieben freilich nicht. Als typische, von der Judikatur im Grundsatz gebilligte Form der Verpfändung von Warenlagern hat sich eine Kombination aus zwei Komponenten herausgebildet: der Anbringung von Verpfändungstafeln oder dergleichen einerseits und der Bestellung einer Vertrauensperson des Pfandgläubigers andererseits, der die Kontrolle über das Sicherungsgut zukommt. In der folgenden Erörterung steht daher weitgehend dieses Modell im Vordergrund; im Anschluss werden einige Schlussfolgerungen für andere Konstellationen gezogen.

1. Erste Voraussetzung für die Verpfändung eines fluktuierenden Warenbestands nach dem erwähnten Modell ist die Kundbarmachung der Verpfändung durch **Tafeln, Schilder, Zettel** etc. Dies gilt im Übrigen auch bei sonstiger Fahrnisverpfändung durch »Zeichen«, wenn das Pfandgut beim Sicherungsgeber verbleibt, etwa im Fall von schweren und sperrigen Maschinen.[684] Konkrete inhaltliche Vorgaben für den Text solcher Pfandzeichen werden kaum gemacht. Wesentlich ist, dass sich die Verpfändung nachträglich leicht und sicher feststellen lässt und keine Gefahr von Verschleierung und Missdeutung besteht.[685] Üblich und ausreichend sind etwa Pfandtafeln mit der schlichten Aussage »Verpfändet zugunsten X«.[686] Nach Wortlaut und Zweck des Gesetzes müsste es mE auch genügen, wenn das Pfandzeichen bloß auf den Umstand der erfolgten Verpfändung hinweist (»Verpfändet«), ohne die Person des gesicherten Gläubigers zu nennen. Der Rechtsverkehr ist darüber zu informieren, dass das Pfandobjekt dem freien Zugriff späterer Gläubiger entzogen ist;[687] zu wessen Gunsten dies erfolgt, braucht

683 Vgl bereits OGH 5.1.1915, GlUNF 7.233. Zu einigen Einzelfragen *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 163 ff.

684 Vgl aus jüngerer Zeit etwa OGH 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615 *(P. Bydlinski);* 5 Ob 168/08d, JBl 2009, 437.

685 Vgl wieder OGH 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615 *(P. Bydlinski);* 5 Ob 168/08d, JBl 2009, 437.

686 Vgl OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78 (»Pfandlager der X«); 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 (»Eigentum der X« im Fall einer Sicherungsübereignung); 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615 (»Zugunsten von Forderungen der X verpfändet«).

687 Zutreffend *P. Bydlinski,* Anmerkung zu OGH 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615 (619); aA jüngst *Aigner,* ÖJZ 2016, 293 (296), der die Angabe der Person zwar nicht aus Gründen der Publizität, wohl aber für den Erwerb des dinglichen Rechts für erforderlich hält. Der OGH scheint in der genannten E die Angabe des Gläubigers zu fordern (wenngleich dies in Form einer beispielhaften

andere Gläubiger nach geltender österreichischer Ausgestaltung des Publizitätsprinzips nicht zu interessieren. Dies entspricht dem Informationswert bei Verpfändung durch Übergabe gemäß § 451 ABGB: Die Sache ist beim Pfandschuldner nicht mehr vorhanden und kann damit keine Fehlvorstellungen Dritter hervorrufen. Wo sie sich befindet, spielt keine Rolle.

Die erwähnten Grundsätze, dass die Verpfändung leicht und sicher feststellbar sein muss, gelten auch in sonstiger Hinsicht, etwa in Bezug auf die Größe der zu verwendenden Pfandzeichen. Unverhältnismäßig kleine Zeichen genügen demnach nicht.[688] Auch in Hinblick auf die erforderliche Anzahl von Hinweiszeichen wird von diesen Grundsätzen auszugehen sein, im Einzelnen bestehen allerdings praktisch erhebliche Meinungsunterschiede: Bei der Verpfändung einzelner Gegenstände, insbesondere großer Maschinen, ist zwar unbestritten, dass jeder einzelne Pfandgegenstand zu kennzeichnen ist. Für manche gilt dies jedoch überhaupt als allgemeine Regel, also auch bei der Verpfändung von Gesamtsachen.[689] Der OGH lässt es hingegen unter weitgehender Zustimmung in der jüngeren Lehre jedenfalls bei der Warenlagerverpfändung genügen, wenn Pfandzeichen in einem hinreichenden Naheverhältnis zu den Pfandgegenständen angebracht sind, ohne dass eine Markierung jedes Einzelobjekts erforderlich wäre. Als ausreichend angesehen wurde etwa die Anbringung zweier Tafeln im Fall eines Pfandlagers in einem kleineren Kellerraum, und zwar konkret einmal an der Innenseite der Kellertür und einmal an einer Stellage, sodass man bei Betreten des Raums auf diese Kennzeichnungen stoßen musste. Ebenso das Anbringen von insgesamt sechs Schildern an einer Lagerhalle.[690] Dieser Ansatz überzeugt sowohl aus Praktikabilitätsgesichtspunkten als auch vom Blickwinkel des Publizitätsprinzips. Ist

---

Nennung erfolgt). Zur Sicherungszession wird die Angabe des Gläubigers nach derzeitigem Stand der Rsp ausdrücklich gefordert; vgl etwa OGH 1 Ob 290/00d, JBl 2002, 187; zustimmend hierzu *Riedler,* Vorrang, Ort und Umfang des Buchvermerks bei der Sicherungszession im Lichte der jüngsten OGH-Judikatur, JBl 2002, 194 (196 f). *Kaller,* Sicherungszession 131 f hält die Angabe der Person des Gläubigers (insoweit wie hier) nicht aus Publizitätsgründen für erforderlich, meint aber, diese sei zum Zweck der Kollisionsvermeidung notwendig.

688 Vgl aus jüngerer Zeit OGH 8 Ob 47/13i, ÖBA 2014, 389 zur Verpfändung eines Kleinflugzeugs (wobei ausdrücklich offengelassen wurde, ob in diesem Fall eine Verpfändung durch Zeichen wegen Untunlichkeit einer körperlichen Übergabe überhaupt statthaft gewesen wäre): Ein sehr kleiner, nicht in die Augen fallender Aufkleber im Cockpit und ein etwas größerer Aufkleber im Heckbereich (jeweils sechszeilige Aufschrift in nicht sehr großer Schrift) genügen nicht.

689 So ausdrücklich *Spielbüchler,* Anmerkung zu OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 (220 f); pauschal auch *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III^5 § 452 Rz 4; vgl ferner OGH 3 Ob 135/82, RPflSlgE 3/84 (vgl FN 691).

690 Zum ersten Fall OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78; zum zweiten OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 (krit *Spielbüchler).* Gegen die Notwendigkeit einer Kennzeichnung jedes Einzelstücks ausführlich *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 150 ff (mit eingehender Darstellung des Meinungsstands); *Migsch* in FS Welser 711 (739 ff); siehe auch *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX^2 20 (Rz 1/35); *Iro,* Sicherungseigentum an einem Warenlager, RdW 1997, 383.

sichergestellt, dass a) interessierte Dritte jedenfalls auf angebrachte Pfandschilder stoßen müssen und dass b) aus den Umständen eindeutig festgestellt werden kann, welche einzelnen Gegenstände dem Sicherungsrecht unterliegen, ist die intendierte Warnung des Dritten erreicht und den Publizitätsanforderungen entsprochen. Zu diesen Umständen können zB die räumlichen Gegebenheiten (zB Zeichenanbringung an einer Tür bei Verpfändung aller Gegenstände im Raum hinter dieser Tür), die leicht erkennbare Zusammengehörigkeit der verpfändeten Gegenstände (zB Bibliothek) und natürlich Klarstellungen aller Art im Text der Pfandtafel[691] zählen.[692]

Dass die anzubringenden Zettel, Tafeln etc von besonderer Beständigkeit sein müssten, ist nicht zu fordern. Wird die Aufschrift unleserlich oder fällt das Schild herab, kommt es zum Erlöschen des Pfandrechts;[693] davor besteht es unabhängig von der allenfalls beschränkten Dauerhaftigkeit des Zeichens. Im Ergebnis erscheinen die in diesem Abschnitt zusammengefassten Anforderungen in der Praxis durchaus erfüllbar.

2. Schwierigkeiten bereitet jedoch, dass das Anbringen solcher Pfandzeichen – entgegen der ursprünglichen Auffassung[694] – nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung nicht mehr ausreicht. Die wesentlichen Stationen dieser Entwicklung, die es hier zur Offenlegung der Problematik kurz nachzuzeichnen gilt, sind folgende: In JBl 1980, 435 erachtete es der OGH für die Sicherungsübereignung von 61 Rindern nicht für ausreichend, im Stall eine Tafel mit dem Hinweis auf das Eigentum des Gläubigers anzubringen. Nach dem Grundgedanken des § 451 ABGB müsse vielmehr die verpfändete bzw sicherungsübereignete Sache der Zugriffsmacht des Schuldners soweit irgend möglich entzogen werden. Im konkreten Fall wäre nun die Einräumung ausschließlicher Zugriffsmacht an den

691 Vgl den Text des Hinweisschilds in OGH 3 Ob 135/82, RPflSlgE 3/84: »Der gesamte Lagerbestand an Heizkessel etc ist Eigentum der [Gläubigerbank]«. Für den Heizkesselbestand wird dadurch mE hinreichend Klarheit geschaffen, ob auch für andere Güter (»etc«), hängt von weiteren Umständen ab (zB ob die Räumlichkeit ausschließlich als Lager dient). Der OGH hielt die Sicherungsübereignung für unwirksam, da ein entsprechender Zettel nur auf dem dem Eingang zum Lager nächstgelegenen Kessel angebracht war, nicht auf jedem einzelnen Gegenstand. Denn unter der für §§ 427, 452 ABGB maßgeblichen »gehörigen Aufmerksamkeit« sei nicht zu verstehen, dass »ein Interessent nach allenfalls an irgendeiner Stelle in Betriebsräumlichkeiten angebrachten Zeichen geradezu forschen müßte«. Die eben zitierte Begründung entspricht in der Sache dem im Text angeführten Kriterium a), wird aber mit der Schlussfolgerung, dass jedenfalls alle Einzelgegenstände zu kennzeichnen wären, überspannt.

692 Vergleichbar im Ergebnis *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 153 f.

693 Dazu unten III.A.2.c.(v.).

694 Vgl bereits *Nippel,* Erläuterung III 461: Für die Warenlagerverpfändung genüge es, am Hauptmagazin, in dem die Waren verwahrt würden, eine Aufschrift des Inhalts anzubringen, dass die Warenvorräte verpfändet seien. Für die Verpfändung einer Herde genüge ein ähnliches Zeichen am Stall.

Gläubiger dadurch leicht möglich gewesen, dass eine **Vertrauensperson** bestellt, dieser die Schlüssel zum Stall übergeben und ihr die Betreuung und Verwaltung des Viehbestands eingeräumt worden wäre.[695] Die Entscheidungsbegründung zielt im Ganzen offenbar primär auf den Anwendungsbereich des § 452 ABGB ab: Dieser sei gar nicht eröffnet, weil durch die aufgezeigten Maßnahmen eine körperliche Übergabe iSd § 451 ABGB möglich gewesen wäre. Dahinter stehen aber erkennbar Publizitätsüberlegungen. In der nächsten Entscheidung, JBl 1985, 541, war die Sicherungsübereignung eines Warenlagers und des Geschäftslokals eines Handelsunternehmens zu beurteilen. Wieder erfolgte die Publizierung durch ein (auffälliges) Schild. Wieder wurde dies als unzureichend angesehen. Der OGH argumentiert hier einerseits mit dem Spezialitätsprinzip.[696] Zweitens argumentiert er nun mit § 452 ABGB, den er inhaltlich der Verpfändung durch wirkliche Übergabe annähert, indem er verlangt, dass das Sicherungsgut »dem weiteren Zugriff [der Sicherungsgeberin] wirklich entzogen« werden müsse. Dies könne dadurch erreicht werden, dass entweder alle Schlüssel zum Lager dem Gläubiger übergeben werden oder im Warenlager eine Vertrauensperson des Gläubigers »für die Ausübung der nicht zu entbehrenden Verfügungsmacht und Gewahrsame« sorgt. »Nur unter diesen beiden zuletzt genannten Voraussetzungen wäre die symbolische Übergabe im Einklang mit den für Pfandrecht und Sicherungsübereignung geltenden Publizitätserfordernissen gestanden.«[697] Damit wird die Bestellung einer Vertrauensperson gewissermaßen Tatbestandsvoraussetzung des § 452 ABGB.

Darauf folgen jene beiden Urteile aus den 1990er-Jahren, die noch heute als Leitentscheidungen zur Warenlagerverpfändung anzusehen sind. (Danach sind zu dieser Thematik keine höchstgerichtlichen Entscheidungen mehr zu verzeichnen, was wohl auch auf eher resignative Reaktionen in der Kreditbesicherungspraxis zurückzuführen sein wird.) Beide Entscheidungen knüpfen an die zuvor zitierten Judikate, insbesondere an JBl 1985, 541 und das darin aufgestellte Erfordernis einer Vertrauensperson an, und zwar nun eindeutig zusätzlich zu den ebenfalls anzubringenden Verpfändungszeichen. Beide Entscheidungen stoßen sich dabei im Grundsatz auch nicht an dem Umstand, dass es sich bei der jeweils bestellten Vertrauensperson um einen Angestellten des schuldnerischen Unternehmens handelt, im späteren Fall um dessen gewerberechtlichen Geschäftsführer.[698] Im ersten Urteil hat das Sicherungsrecht im Ergebnis Bestand, soweit sich die Waren in Räumen befinden, die durch Verpfändungstafeln gekennzeichnet sind. Im zweiten scheitert die Besicherung aus noch darzustellenden Gründen.

695 OGH 1 Ob 646/79, JBl 1980, 435.
696 Hierzu oben III.A.2.c.(ii.) unter 2.
697 OGH 3 Ob 113/84, JBl 1985, 541.
698 Siehe OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78; 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 *(Spielbüchler)*.

Was nun die hier interessierende Funktion der Vertrauensperson betrifft, so wird jeweils zwischen dieser und dem Gläubiger eine Vereinbarung getroffen. Nach dem der ersten Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt verpflichtet sich der Angestellte darin insbesondere dazu, »das in Gewahrsame genommene Gut sicher zu verwahren und derart zu verwalten, daß es ausschließlich zur Verfügung der [Gläubigerin] steht«. Zudem dürfen »Auslieferungen aus dem Lager, wodurch sich der Stand der … verpfändeten Waren ändere, nur mit Zustimmung der [Gläubigerin] erfolgen«. Dass der Pfandhalter jemals bei der Bank nachgefragt hätte, ob Stücke zwecks Verkaufs entnommen werden dürften, wird nicht berichtet; es ist auch offen, ob dies jemals der Intention der Parteien entsprochen hätte. Der OGH setzt sich in dieser Entscheidung mit Fragen der praktischen Durchführung der getroffenen Vereinbarungen nicht näher auseinander, sondern nimmt den »Pfandhalter«-Vertrag für bare Münze: Bedenken an der Wirksamkeit der Verpfändung bestehen nicht, da im vorliegenden Sachverhalt »der Pfandschuldner nicht nach seinem Belieben Einzelstücke aus dem verpfändeten Warenlager zum Zwecke der Verkäufer entfernen durfte, sondern auf die jeweilige Zustimmung der Pfandgläubigerin angewiesen war«.[699] Auf mögliche Probleme in diesem Bereich werde ich etwas weiter unten zurückkommen.

Im Sachverhalt der zweiten Entscheidung wird zwischen Gläubiger und »Lagerhalter« eine in der Sache ähnliche, wenngleich inhaltlich deutlich detailliertere Vereinbarung getroffen. Im Kern wird festgelegt, dass der Lagerhalter zur Rückgabe von Sicherungsgut an den Sicherungsgeber »nur auf Anweisung des Sicherungsnehmers im Zuge eines Zug um Zug Austausches …« ermächtigt ist, sofern dadurch der Wert des Sicherungslagers nicht unter einen bestimmten Betrag verringert wird. Dieser Fall war nun allerdings – wie in der betrieblichen Praxis häufig – derart gelagert, dass für einen funktionierenden Betriebsablauf der ständige Zugang zum Warenlager unbedingt erforderlich war. Zu Betriebszeiten hatte letztlich jeder Beschäftigte des Sicherungsgebers Zutritt zur Lagerhalle. Der vom Gläubiger bestellte Lagerhalter konnte getätigte Entnahmen erst im Nachhinein auf Grund von (tatsächlich penibel geführten) Entnahmelisten feststellen. Diese praktische Durchführung, die von den schriftlichen Vereinbarungen abwich, war dem Sicherungsnehmer zudem bekannt. Der OGH, streng und konsequent, sieht hier »das Erfordernis einer wirksamen Übergabe durch Zeichen (§ 452 ABGB) nicht erfüllt. Die Parteien haben nämlich von vornherein keine ausreichende Vorsorge getroffen, daß das Warenlager der Sicherungsgeberin deren weiteren Zugriff wirksam

699 OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78. Die zuletzt zitierte Passage steht in der E zwar im Kontext der Begründung, warum im konkreten Fall keine Unwirksamkeit des Pfandbestellungsvertrags nach § 1371 ABGB (zur Frage oben III.A.2.c.(ii.) unter 3.) vorliegen könne. Sie schließt daneben aber inhaltlich auch die davor behandelte Frage ab, dass zur Ausübung der Verfügungsmacht der Gläubigerin eine Vertrauensperson zu bestellen sei.

entzogen wäre. … Die Sicherungsnehmerin darf sich nicht bloß auf die Möglichkeit einer nachträglichen Kontrolle der Entnahmen aus dem Warenlager und der Zugänge zu diesem beschränken, sondern **muß selbst oder durch eine bestellte Vertrauensperson jederzeit den Stand des Warenlagers unter Kontrolle haben.** Dies war hier jedoch schon deshalb nicht gewährleistet, weil einem unbeschränkten Personenkreis der ungehinderte Zugang zum Warenlager möglich war«.[700]

Nach diesem Stand der Judikatur sind die Anforderungen an eine wirksame Verpfändung von Lagerbeständen für viele Unternehmen auf ein praktisch unerreichbares Niveau gehoben. In einem größeren laufenden Betrieb, der ständig die Entnahme von Lagergegenständen (etwa Rohstoffen oder Halbfertigwaren) durch eine Vielzahl an Mitarbeitern erfordert, lässt sich eine Lagerverpfändung realistischerweise nicht mehr rechtssicher gestalten. Denkbar wären zwar beispielsweise elektronische Lösungen aus vorheriger Freigabe-Anfrage und im Wesentlichen automatisierter Freigabe-Erlaubnis über einen vom Lagerhalter kontrollierten Rechner, die nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass der Gesamtbestand des Lagers einen festgelegten Mindestwert nach wie vor überschreitet. Ob Derartiges den Standards des OGH genügen könnte, erscheint indes sehr fraglich. Insbesondere dann, wenn der physische Zugang zum Lager weiterhin einer größeren Anzahl an Personen faktisch offensteht bzw selbst im Fall von Zugangsbeschränkungen nicht verhindert werden kann, dass im Einzelfall mehr entnommen wird als freigegeben.[701] In jedem Fall bleibt sehr viel Raum für Rechtsunsicherheit.

Neben dem unbeschränkten Zugang einer noch dazu größeren Personengruppe, der den wesentlichen Angriffspunkt in der letzten referierten Entscheidung gebildet hat, birgt die Warenlagerverpfändung nach gegenwärtigem Judikaturstand freilich noch weitere Unsicherheitsfaktoren. Eine besonders kritische Frage ist mE, wie sichergestellt werden soll, dass der als Lagerhalter bzw Vertrauensperson für den Gläubiger bestellte Angestellte des Schuldners tatsächlich ausschließlich im Interesse des Gläubigers handelt. Natürlich lässt sich formal vereinbaren, dass der Lagerhalter in dieser Funktion aus der dienstrechtlichen Weisungsbefugnis seines Arbeitgebers zu entlassen und diesbezüglich ausschließlich dem Weisungsrecht des Pfandgläubigers zu unterstellen ist.[702] Man wird auch entsprechende Vertretungsregeln für den Krankheits- und Urlaubsfall vorsehen können (und müssen). Aber stimmt diese auf Papier kreierte Unabhängigkeit angesichts offensichtlicher Interessenkollisionen und gerade bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten wohl naheliegenden Drucksituationen mit der Realität überein?

---

700 OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 (mit zum »Vertrauensperson«-Ansatz sehr kritischer Anmerkung von *Spielbüchler)*, die Hervorhebung ist hinzugefügt. Zustimmend im Ergebnis *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 195 ff; *Iro,* RdW 1997, 383.

701 Vgl auch die strengen Maßstäbe nach eingehender Judikaturanalyse bei *Holzner,* Verpfändung von Warenlagern, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2015 (2016) 113 (119).

702 Hierauf stellt *Eicher* ab (Mobiliarpfandrecht 196 f).

Der OGH hat sich bislang nicht veranlasst gesehen, zu solchen im Grunde naheliegenden Einwänden[703] Stellung zu nehmen. Zu beachten ist hier, dass die Bestellung einer Vertrauensperson für die Judikatur nicht dem Schutz des Gläubigers dient. Wäre dies so, könnte man noch einwerfen, es müsse dem Gläubiger doch freistehen, allenfalls auch einer Person Vertrauen zu schenken, die uU früher oder später gewissen psychologischen Risiken ausgesetzt sein könnte. Aber nein: Die Notwendigkeit, eine Vertrauensperson zu bestellen, ergibt sich dem OGH zufolge aus § 452 ABGB, erfüllt also Publizitätsfunktion. Konsequent fortgedacht muss es daher wohl bei der Beurteilung der Unabhängigkeit dieser Vertrauensperson und deren Interessenwahrung für den Gläubiger auf die Sicht eines objektiven Dritten ankommen.

Und wenn man die Entscheidung über die Freigabe von Einzelstücken dann eben beim Gläubiger selbst belässt und der Lagerhalter, der – unterstellen wir – tatsächlich allein Zugang zum Lager verschaffen kann, zum Einholen der Zustimmung des Gläubigers verpflichtet wird? In der ersten der beiden zitierten Leitentscheidungen hat der OGH wie angedeutet das vereinbarungsgemäße Nachfragen ohne weiteres als gegeben angesehen und die Pfandbestellung akzeptiert, weil der Schuldner »auf die jeweilige Zustimmung der Pfandgläubigerin angewiesen war«.[704] Besonders plausibel mutet ständiges Nachfragen jedenfalls ab einem gewissen Mindestwarenumsatz freilich nicht an. Wird im Prozess in Zweifel gezogen, dass diese Entscheidungsstruktur in der Praxis eingehalten worden ist, wird es am Sicherungsnehmer liegen, ihre tatsächliche Einhaltung als Teil der Publizitätsvoraussetzungen für das Bestehen seines Sicherungsrechts zu beweisen. Dass dies auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen kann, nicht nur was das Vorliegen von Anfragen an sich betrifft, sondern auch, dass diese den tatsächlich erfolgten Entnahmen auch zeitlich vorausgegangen sind, muss wohl nicht besonders unterstrichen werden.

Im Ergebnis tritt uns auch hier die bereits mehrfach beobachtete Tendenz einer zunehmenden Verschärfung des Publizitätsaspekts entgegen, hier in Gestalt des geforderten Kontrollentzugs auch bei Verwendung von – zur Warnung an sich als ausreichend befundenen – Verpfändungstafeln etc. Die praktische Konsequenz liegt zutage: Die rechtlichen Risiken einer Warenlagerverpfändung erweisen sich als derart zahlreich und vielfach unüberwindlich, dass man von dieser – jedenfalls unter Sicherungsaspekten[705] – vernünftigerweise absehen wird müssen.

---

703 Vgl bereits *Spielbüchler,* Anmerkung zu OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 (221); ferner *Holzner* in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2015, 113 (114 f); *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 452 Rz 5.

704 OGH 3 Ob 45/94, SZ 67/78.

705 Außer Betracht bleiben hier mögliche weitere Motive einer Sicherheitenbestellung, etwa die Ausübung von Kontrolle über den Schuldner oder die Schaffung einer verstärkten psychologischen Verpflichtung.

(iv.) Konsequenzen für die Verpfändung von Betriebseinrichtungen?

Ausgehend von diesem nunmehr zur Warenlagerverpfändung erreichten Entwicklungsstand stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise hieraus Konsequenzen für die Verpfändung anderer Sachgesamtheiten abzuleiten sind, namentlich für die Verpfändung von **Büro-, Werkstätten- und sonstigen Betriebseinrichtungen.** Wie gesehen können solche Einheiten eine Gesamtsache iSd § 302 ABGB darstellen und kann in diesem Fall eine Verpfändung durch Zeichen iSd § 452 ABGB zulässig sein, wenn eine körperliche Übergabe insgesamt untunlich ist.[706]

In der verfügbaren – schon älteren – Judikatur zu diesem Bereich wird die Frage, welchen Standards eine Verpfändung durch »Zeichen« genügen muss, meist nicht näher diskutiert. In einem Fall schien die Beurteilung eindeutig: Der Sicherungsnehmer hatte die Schlüssel zur fraglichen Werkstatt übernommen und zudem das Schloss geändert, ohne dem Sicherungsgeber einen neuen Schlüssel auszufolgen. Eine wirksame Übergabe durch Zeichen wurde bejaht.[707] In einem anderen Fall wurde jeder einzelne Einrichtungsgegenstand einer Steuerberatungskanzlei, von Möbelstücken über Schreib- und Rechenmaschinen bis zu Heizstrahlern, mit einem Pfandzettel versehen. Zudem wurde der Pfandgläubigerin ein (der angeblich einzige) Schlüssel zu den Büroräumlichkeiten ausgefolgt, zwei weitere jedoch abredewidrig zurückgehalten. Der Pfandgeber kam in der Folge immer wieder zur Gläubigerin, um den Büroschlüssel zu holen, doch unterließ er dies an manchen Tagen und benützte zum Aufsperren des Büros einen der bei ihm verbliebenen Schlüssel. Wieder wurde die Wirksamkeit der Verpfändung ohne weiteres bejaht, auf die für die Tauglichkeit der Zeichen maßgebenden Kriterien aber nicht eingegangen.[708]

Hieran knüpfen sich im Licht der jüngeren Warenlager-Judikatur einige Fragen: Müssen, von völligem und dauerhaftem Entzug der Sachen aus dem Schuldnerzugriff abgesehen, tatsächlich Verpfändungsmarken an jedem Einzelgegenstand angebracht werden, oder genügt auch hier das Anbringen von Hinweistafeln in einem hinreichenden räumlichen Naheverhältnis? In beiden Fällen: Können solche Zeichen überhaupt genügen, wenn sich der Sicherungsgeber regelmäßig, nämlich täglich während der Arbeitsstunden, unbeaufsichtigt in den betreffenden Räumlichkeiten aufhält, auch wenn ihm der Gläubiger den Zutritt hierzu jedes Mal verschaffen müsste? Wenn ja, ändert sich dies, wenn (auch) dem Gläubiger klar sein muss, dass der Schuldner sich Zugang auch selbst verschaffen kann? Ist etwa auch in diesen Fällen eine Vertrauensperson zu bestellen, die den Bestand der Betriebsmittel jederzeit unter Kontrolle hat? All dies läuft bei der übergeordneten Frage

706 Dazu oben III.A.2.a. nach FN 618.
707 OGH 2 Ob 31/52, SZ 25/138.
708 OGH 3 Ob 116/69, EvBl 1970/109.

zusammen, ob es – und zwar unter Publizitätsgesichtspunkten – einen entscheidenden Unterschied zwischen diesen Fällen und jenen des Warenlagers gibt. Im Ergebnis geht es darum, ob die Verpfändung von Betriebseinrichtungen auf praktisch bewältigbare und rechtssichere Weise überhaupt noch möglich ist. Diesbezüglich ergeben sich in der Tat Zweifel.

Zwar wird man zur erstgenannten Frage kaum anders entscheiden können als beim Warenlager: Auch bei typischerweise länger im Unternehmen verbleibenden Betriebsmitteln wie Möbelstücken, Maschinen und Werkzeugen wird es in Hinblick auf die erforderliche Publizitätswirkung zulässig sein müssen, von der Markierung jedes einzelnen Gegenstands abzusehen und sich mit dem Anbringen von **Pfandschildern mit hinreichender räumlich-sachlicher Nahebeziehung** zu den erfassten Objekten zu begnügen. Maßgeblich sollte auch hier sein, dass a) interessierte Dritte jedenfalls auf angebrachte Pfandschilder stoßen müssen und dass b) aus den Umständen eindeutig festgestellt werden kann, welche einzelnen Gegenstände dem Sicherungsrecht unterliegen.[709] Darauf mag besonders zu achten sein, wenn zB Arbeitsmittel an verschiedenen Orten im Betrieb zum Einsatz kommen. Im Grunde aber besteht kein Anlass zur Differenzierung. Dass bei umfangreichen Warenlagern mit hoher Fluktuation die Kennzeichnung jedes einzelnen Stücks (sowie die spätere Entfernung des Zeichens beim Verkauf) besonders beschwerlich, bei länger im Betrieb verbleibenden Gegenständen hingegen uU noch eher zu bewältigen wäre, ist unter Praktikabilitätsaspekten sicher richtig; unter dem hier entscheidenden Gesichtspunkt der Publizität der vorgenommenen Belastung scheint dieser Umstand hingegen irrelevant.

Praktisch kritischer sind die weiteren oben aufgeworfenen Fragen. Zu beachten ist nämlich, dass die oben[710] referierte Judikatur zur Notwendigkeit, zwecks ständiger Kontrolle über das Sicherungsgut eine **Vertrauensperson** zu bestellen, weder ausdrücklich noch der Sache nach eine Einschränkung auf (Waren-, Rohstoff- oder sonstige) Bestände mit stark fluktuierendem Charakter vorgenommen hat. Eine Differenzierung zwischen Anlage- und Umlaufvermögen lässt sich dort nicht erkennen; im Gegenteil: In JBl 1980, 435 wurde die Bestellung einer Vertrauensperson für die Begründung von Sicherungseigentum an einem Viehbestand gefordert. Dispositionen über einzelne Tiere erfolgen hier zwar gelegentlich; ein greifbarer sachlicher Unterschied etwa zu Maschinen oder Werkzeugen, die von Zeit zu Zeit ausgetauscht bzw erneuert werden, ist jedoch nicht erkennbar. Der zweite Fall JBl 1985, 541 betraf überhaupt neben dem Warenlager ausdrücklich auch die Geschäftseinrichtung des Handelsunternehmens. Der OGH, der auch hier die Bestellung einer Vertrauensperson fordert, bezieht sich in seinen Aus-

709 So zum Warenlager oben III.A.2.c.(iii.) unter 1.
710 III.A.2.c.(iii.) unter 2.

führungen zwar ausschließlich auf das Warenlager,[711] differenziert aber nicht und lässt auch keine Ansätze dafür erkennen, dass eine solche Differenzierung geboten sein könnte. Für maßgeblich erachtet wird vielmehr, dass die Pfandobjekte dem weiteren Zugriff der Sicherungsgeberin wirklich entzogen werden. Dieser Zweck wird für Anlage- und Umlaufvermögen in gleicher Weise Geltung beanspruchen.

Es spricht also einiges dafür, dass die Rechtsprechung beim heutigen Stand der Entwicklung auch für die Verpfändung von gesamten Betriebseinrichtungen neben hinreichender Kennzeichnung durch Pfandschilder die Bestellung einer Vertrauensperson analog zur Warenlagerjudikatur fordern würde, um ein eigenmächtiges Zugreifen auf das Sicherungsgut durch den Schuldner hintanzuhalten. Damit werden im Grundsatz auch die oben[712] diskutierten praktischen Probleme und rechtlichen Unsicherheiten importiert. Unterschiede in der praktischen Realisierbarkeit der dann geltenden Anforderungen mögen sich durchaus ergeben, insofern planmäßige Änderungen des Bestands bei Einrichtungsgegenständen iwS deutlich seltener vorkommen. Diese Unterschiede können sich aber erst auswirken, wenn für die jeweilige Betriebssituation zumindest grundsätzlich eine Möglichkeit gefunden ist, dem Gläubiger die ständige Kontrolle über das Pfandgut zu sichern.

Auch nach jüngster Judikatur gesichert scheint hingegen, dass bei der Verpfändung sehr schwerer Maschinen – wo also Gewicht bzw Sperrigkeit des einzelnen Geräts bereits die Untunlichkeit der körperlichen Übergabe bewirkt – weiterhin das Anbringen von Pfandplaketten an jeder solchen Maschine für die Verpfändung nach § 452 ABGB genügt.[713] An die zusätzliche Bestellung einer Vertrauensperson denkt hier niemand.

(v.) Nachträglicher Wegfall der Zeichen

Auf ein weiteres eminentes Risiko jeglicher Verpfändung durch Zeichenanbringung sei hier nur kurz hingewiesen, nämlich auf jenes des nachträglichen Wegfalls oder Entfernens der Zeichen von der verpfändeten Sache. Gleichzustellen sind nachträgliches Unkenntlichwerden des Zeichens selbst, Verstellen des Blicks auf das Zeichen und das Verbringen einzelner Gegenstände aus dem als solchen gekennzeichneten Haftungsverband, etwa dem Pfandlager. Der OGH hat sich

711 Streitgegenständlich waren möglicherweise nur Gegenstände aus dem Lager, sodass die Beurteilung von Einrichtungsgegenständen konkret möglicherweise gar nicht erforderlich war. Einwandfrei klären lässt sich diese nicht: Verfahrensgegenstand war der Widerspruch gegen die Exekution auf 17 Möbelstücke aus einem Geschäft für Stilmöbel und Dekorationsgegenstände. Hierbei kann es sich allein um Lagerbestände (was wohl das Wahrscheinlichere ist) oder auch um Einrichtungsgegenstände gehandelt haben.

712 III.A.2.c.(iii.) unter 2.

713 Vgl zuletzt OGH 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615 *(P. Bydlinski)* mwN.

mit dieser Frage erst jüngst unter ausführlicher Aufarbeitung von Judikatur und Schrifttum erneut befasst und im Sinne der hA – mE völlig zutreffend – festgehalten, dass das Pfandrecht mit dem Wegfall des Zeichens **erlischt**. Entgegen einer zwischen Publizitäts- und Gläubigerinteressen vermittelnden Ansicht in der Literatur[714] gelte dies namentlich auch dann, wenn die Entfernung vom Pfandbesteller eigenmächtig vorgenommen wird, der Gläubiger hiervon also keine Kenntnis und auch keine Möglichkeit der Kontrolle hat. Denn in Fällen fehlender Publizität sei dem Schutz potentieller nicht gesicherter Gläubiger der Vorrang einzuräumen.[715] Angenommen wird allerdings ein obligatorischer Anspruch des Gläubigers auf Wiederherstellung der Publizität durch Wiederanbringen der Pfandzeichen. Mit Wiederherstellung der Publizität erlangt der Gläubiger auch wieder eine sachenrechtlich gesicherte Position.[716]

3. Besicherung künftiger Forderungen

Die etwas ausführlicheren Darlegungen des nun folgenden Kapitels rechtfertigen sich nicht dadurch, dass die Besicherung zukünftiger Forderungen im geltenden österreichischen Recht massive, in der Praxis spürbare Probleme aufwerfen würde. Vielmehr gilt es hier, den Boden für die Diskussion der entsprechenden Rechtsfragen nach dem DCFR zu bereiten; unter anderem, um einem allfälligen unreflektierten Übernehmen der zum nationalen Recht entwickelten Vorstellungen für die Auslegung des DCFR vorzubeugen. Es sind daher die tragenden Gründe aus der bisherigen Diskussion zum österreichischen Recht und allfällige Kritikpunkte an deren Überzeugungskraft offenzulegen.

a. Zulässigkeit, Rechtsfolgen

Das ABGB enthält keine ausdrückliche Regelung der Frage, ob eine künftige, dh bei Abschluss des Pfandbestellungsvertrags noch bedingte, noch nicht existente

---

714 *P. Bydlinski,* ÖJZ 1986, 327 (335 ff) differenziert zunächst danach, ob die Entfernung mit Willen des Gläubigers erfolgt (dann erlösche das Pfandrecht jedenfalls) oder ohne Willen des Gläubigers. Im zweiten Fall stellt er gewissermaßen auf eine Obliegenheitsverletzung des Gläubigers ab: Wenn dem Gläubiger eine Kontrollmöglichkeit zukommt und er sich über längere Zeit nicht um seine Rechte kümmert, erlischt das Pfandrecht.

715 OGH 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615 *(P. Bydlinski).* Ebenfalls für Erlöschen bzw »Ruhen« des Pfandrechts in diesem Fall aus der jüngeren Literatur etwa *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 159 ff; *Sailer,* ÖBA 2001, 211 (220 ff); *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 102 f; *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 452 Rz 3 mwN; *Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 427 Rz 14; *Aigner,* ÖJZ 2016, 293 (297 f).

716 OGH 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615 *(P. Bydlinski);* auf die umfangreichen weiteren Nachweise zum gesamten Themenkreis in dieser Entscheidung sei verwiesen. Aus jüngerer Zeit siehe ferner *Aigner,* ÖJZ 2016, 293 (298 f).

oder dem Gläubiger zumindest noch nicht zustehende Forderung durch Pfand gesichert werden kann. Im Zuge der Vorarbeiten hatte man der Frage durchaus Beachtung geschenkt: Nach Urentwurf II § 229 erlangt in solchen Fällen »das Pfandrecht seine volle Kraft von der Zeit an, zu welcher die Schuldforderung angefangen … hat«. Glücklich war man mit diesem Text nicht. Eingebrachte Änderungsvorschläge gingen entweder in die Richtung, dass die Wirkungen des Pfandrechts erst mit Entstehen der zu sichernden Forderung eintreten,[717] oder dass sie zwar erst dann eintreten, aber auf den Zeitpunkt der Pfandbestellung zurückwirken sollten.[718] In der Beratung erläuterte *Zeiller* zunächst den gedachten Gehalt der Regelung dahingehend, der Pfandgläubiger habe hier »gleich jedem anderen Pfandgläubiger die rechtlichen Mittel zur Handhabung des ihm bestellten Pfandrechtes, allein exequieren könne er es freilich erst vom Verfallstage«. Mit den angesprochenen »Mitteln« meinte *Zeiller* jene, »den Besitz des Pfandrechts zu erhalten«. Er hielt die Regelung jedoch letztlich für überflüssig und regte deren Streichung an, worauf man sich – nach Beteuerung *Zeillers,* dass ein Widerspruch zum Akzessorietätsgrundsatz nicht entstehen werde – allgemein verständigte.[719]

Damit war im Wesentlichen der Grundstein für die auch heute hA gelegt: Die Pfandbestellung für künftige Forderungen wird allgemein für **zulässig** erachtet, auch wenn ihr späteres Entstehen vollkommen ungewiss ist und auch ein Rechtsverhältnis, aus dem sie entstehen könnte, gegenwärtig noch nicht existiert. Dies schon deshalb, weil das Gesetz an vielen Stellen die Sicherstellung künftiger Forderungen, beispielsweise aus möglichen Schadenersatzverpflichtungen (etwa §§ 341, 343 ABGB), vorsieht.[720] Über die konstruktive Frage, ob das Pfandrecht für künftige Forderung, dem Akzessorietätsprinzip entsprechend, erst mit dem Existentwerden der gesicherten Forderung wirklich entsteht,[721] oder vielmehr ein gegenwärtiges Pfandrecht sei, weil ein Teil seiner Wirkungen schon vor Entstehung

---

717 So der Vorschlag der Wiener Juristenfakultät, die eine Regelung zur Priorität einforderte und hierzu folgende Textierung vorschlug: »Wird eine Sache vor entstandener Schuld verschrieben, so erlangt das Pfandrecht seine Giltigkeit sogleich, aber seine Wirkung äußert sich erst von der Zeit an, zu welcher die Schuldforderung angefangen hat.« Zitiert nach *Ofner,* Protokolle I 290.

718 Dahingehend das innerösterreichische Appellationsgericht, dessen Vorschlag zur Sicherung einer bedingten Forderung vorsah, dass »das Pfandrecht sogleich eintrete, aber seine volle Kraft erst dann erhalte, wenn die Bedingung eintrifft; doch werde diese Wirkung mit Beziehung auf die Zeit der Pfandbestellung berechnet«. Siehe abermals *Ofner,* Protokolle I 290.

719 Siehe wieder *Ofner,* Protokolle I 290. Vor dieser Beschlussfassung hatte der Vizepräsident Zweifel geäußert, ob bei Streichung nicht ein Widerspruch zur Anfangspassage Urentwurf II § 226 (heute § 449 ABGB: Akzessorietät) drohe. Der Referent *(Zeiller)* erinnerte aber daran, II § 226 so textieren zu wollen, dass die Pfandbestellung für künftige Forderungen nicht ausgeschlossen werde.

720 Zur Zulässigkeit – neben den Nw in den nachfolgenden FN – näher *Hoyer,* Kann eine Höchstbetragshypothek zugleich Forderungen aus gewährtem und aus künftig zu gewährendem Kredit sichern? in FS Strasser (1983) 931 (936 ff) mwN.

721 *E. Demelius,* Pfandrecht 109 ff.

der Forderung vorhanden ist,[722] gehen die Meinungen zwar auseinander. In eben diesen **Wirkungen** ist man sich jedoch einig: Bereits ab Bestellung des Pfandrechts hat der Pfandgläubiger gegen den Pfandgeber das Recht auf Innehabung, ihm stehen Abwehransprüche gegenüber Dritten zu, der Rang richtet sich nach dem Zeitpunkt der Pfandbestellung (genauer der Erfüllung aller Voraussetzungen mit Ausnahme der Existenz der gesicherten Forderung). Lediglich Verwertungsrechte stehen dem Sicherungsnehmer noch nicht zu.[723]

b. Hinreichende Bestimmbarkeit der zu sichernden Forderung

1. Keine Einigkeit besteht bei näherem Hinsehen allerdings in Bezug auf die exakten Voraussetzungen, denen künftige Forderungen genügen müssen, um wirksam durch Pfand gesichert werden zu können. Die traditionelle Auffassung geht dahin, dass ausreichende **Bestimmbarkeit** der Forderung im Zeitpunkt der Pfandrechtseinräumung genügt. Nach hA müssen hierzu 1) der Gläubiger, 2) der Schuldner und 3) der Rechtsgrund der zu sichernden Forderung feststehen.[724] In Anwendung dieser Kriterien wird etwa die Sicherung »aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus dem Kreditverhältnis« oder »aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus der Geschäftsverbindung« heute regelmäßig für zulässig erachtet,[725] insbesondere sei der Rechtsgrund hinreichend spezifiziert. Hingegen ist beispielsweise nach *Frotz* die Wirksamkeit eines Pfandrechts für »alle zwischen den Parteien in Zukunft entstehenden Forderungen« mangels Bestimmbarkeit des Rechtsgrunds abzulehnen.[726] Ein praktisches Anschauungsbeispiel für diese Sichtweise liefert der OGH in JBl 1955, 67: Ein Unternehmer hatte für einen Bankkredit Maschinen verpfändet, nach den damaligen AGB sollten für einen Geschäftskredit bestellte Pfänder auch für alle anderen Forderungen der Bank

722 So die heute hA; siehe etwa *Klang* in *Klang,* ABGB II² 418 mwN; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 2 (Rz 1/2); *Ehrenzweig,* System I/2² 389; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher,* Sachenrecht² 191; vgl auch OGH 7 Ob 75/98z, ÖBA 1999, 225. Häufig wird die Konstruktionsfrage gar nicht mehr angeschnitten; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 23 lässt diese »rechtsdogmatische Delikatesse« als praktisch irrelevant dezidiert unberührt.

723 Vgl *Klang* in *Klang,* ABGB II² 417 f; *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 2 (Rz 1/2); *E. Demelius,* Pfandrecht 110 ff; zur Priorität etwa auch *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 186 (Rz 9/3).

724 Siehe OGH 3 Ob 210/54, JBl 1955, 67 (zust *Gschnitzer);* 1 Ob 105/75, SZ 48/75; 3 Ob 92/85, SZ 58/159 uva; *Klang* in *Klang,* ABGB II² 417 f; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 449 Rz 7; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 22; *Apathy,* Kreditnehmer- und Kreditgeberwechsel bei Höchstbetragshypotheken, ÖBA 2000, 1031 (1039); wN auch bei *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 21 f (der selbst allerdings eine etwas liberalere Position vertritt).

725 Siehe etwa *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 2 (Rz 1/2 FN 4); *Koziol,* Erstreckung von Kreditsicherheiten, ÖBA 2003, 809 (817); vgl auch OGH 6 Ob 244/00a, ÖBA 2002, 488 *(Hirsch).* Enger für die Höchstbetragshypothek *Hoyer* in FS Strasser 931 (945): »nicht alle denkbaren Kredite zwischen den Parteien« (auch außerhalb der Höchstbetragshypothek zweifelnd 940).

726 *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 23. Ebenso im Ergebnis *Hoyer* in FS Strasser 931 (940); *Apathy,* ÖBA 2000, 1031 (1039 f).

haften. Die Bank erwarb in der Folge im Eskomptweg zwei Wechselforderungen gegen den Unternehmer von einem Dritten und machte hierfür ihr Pfandrecht gelten. Der OGH verneinte die Pfandhaftung für diese Verbindlichkeiten sinngemäß mit dem Argument, als Rechtsgrund für die zu sichernden Forderungen sei das bestehende Kreditverhältnis bezeichnet worden. Da aber der Eskompteur bei Hereinnahme eines Wechsels nicht dem Akzeptanten (hier dem Unternehmer bzw Kreditschuldner) kreditiere, sondern seinem Indossanten (dem Dritten), würden die hereingenommenen Wechsel nicht unter das Kreditverhältnis fallen und seien daher vom Pfand nicht gedeckt.[727]

Damit stellt sich die Frage nach der **Begründung** des allgemein angenommenen Erfordernisses der »Bestimmbarkeit« iSd hA. Denn die Gegenthese liegt ja nahe, Bestimmbarkeit liege bei einer Haftungsübernahme für »alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen« zwischen zwei bestimmten Parteien ohne weiteres vor, eben weil das Wort »alle« schlicht alle erdenklichen Forderungen aus welchem Rechtsgrund immer umfasst und damit jede künftig erwachsende Verbindlichkeit sich dem Pfandverhältnis zweifelsfrei zuordnen lässt.[728] In der Tat wird deutlich, dass die für die hA vorgetragenen Argumente die eigentliche Frage der reinen »Bestimmbarkeit« mitunter relativ rasch verlassen. So geht der OGH in der bereits zitierten Entscheidung JBl 1955, 67 vom pfandrechtlichen Spezialitätsgrundsatz aus, auf dem das österreichische Pfandrecht seit dem 18. Jahrhundert beruhe und der sich neben der Bestimmtheit des Sicherungsobjekts auch auf die Bestimmtheit der gesicherten Forderung bezieht.[729] Die Ausführungen zum zweitgenannten Aspekt lauten dann allerdings wie folgt: Es »kann nicht einem bestimmten Gläubiger dadurch eine bevorzugte Stellung eingeräumt werden, daß allen seinen Forderungen eine bevorzugte Stellung vor allen anderen Gläubigern eingeräumt wird. Es würde sonst … einzelnen Großgläubigern, insbesondere Banken, ein solches Übergewicht geschaffen, daß für die einfachen chirographischen Gläubiger, die sich so weitgehende Sicherheiten nicht ausbedingen können, …« bei der Verteilung überhaupt nichts übrigbleibe. Derselbe Gedanke komme, so der OGH, auch in § 14 GBG zum Ausdruck: Nur für bestimmte Forderungen dürfe eine Höchstbetragshypothek bestellt werden. Daraus zieht er den Schluss, dass »gemäß des unser Recht beherrschenden Grundsatzes der Spezialität ein Pfand für künftige Forderungen nur dann bestellt werden kann, wenn sie auf einer im Vertrag bestimmt bezeichneten Rechtsgrundlage beruhen«.[730] Das Erfordernis der »Bestimmtheit« der zu sichernden Forderung erhält hier also eine ganz bestimmte Funktion. Diese

727 OGH 3 Ob 210/54, JBl 1955, 67 (zust *Gschnitzer).*

728 Vgl den Duktus bei *Koziol,* ÖBA 2003, 809 (809–811) zur Bürgschaft, wo er verschiedene Ansätze einer Eingrenzung mit konsequent vorgetragenen Gründen ablehnt.

729 Das entspricht der ganz hA, vgl etwa *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] 187 f (Rz 9/7 f); *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III[5] § 447 Rz 2, § 448 Rz 3, § 449 Rz 7 f.

730 OGH 3 Ob 210/54, JBl 1955, 67 (zust *Gschnitzer).*

besteht allerdings nicht im Herstellen hinreichender Klarheit, in der eindeutigen Zuordnung der Forderung zum Pfandrecht. Diese Frage wird auch gar nicht diskutiert. Worum es dem OGH geht, ist etwas anderes: Die »Bestimmbarkeit« der zu sichernden Forderung dient dem **Schutz anderer Gläubiger** vor dem »Übergewicht« eines ansonsten als zu stark empfundenen vorrangig gesicherten Konkurrenten. Dieses Übergewicht würde wohlgemerkt nicht etwa darin bestehen, dass es diesem bevorzugten Gläubiger ansonsten möglich wäre, sonstige Vermögenswerte, allenfalls überhaupt das gesamte Vermögen des Sicherungsgebers in sein Pfandrecht hineinzuziehen. Das – und die dahinterstehende vielerorts greifbare Angst vor der Wiederkehr der römischen Generalhypothek – ist ein anderes Thema.[731] Verhindert wird vielmehr, dass einem Gläubiger die (und nur die) ihm ohnehin verpfändete Sache auch zur Sicherung weiterer Forderungen dienen kann. Nachrangige Pfandrechte an derselben Sache würden also tendenziell weniger rasch »vorrücken«, ungesicherte Gläubiger würden nicht so schnell, vielleicht auch nie, vom Freiwerden der Pfandsache profitieren. Andere Vermögenswerte des Sicherungsgebers wären allerdings von vornherein nicht betroffen und stünden dem Zugriff anderer Gläubiger grundsätzlich offen.

Koziol, der die Erstreckung von Kreditsicherheiten in einem breiteren Kontext – also nicht nur zum Bestimmtheitsgrundsatz – untersucht hat, ist der referierten Argumentation des OGH zum Spezialitätsprinzip ausdrücklich gefolgt.[732] Im Ergebnis tritt er dafür ein, »die bei der Höchstbetragshypothek angewendeten Grundsätze über die Besicherung künftiger Forderungen auch bei Pfandrechten an beweglichen Sachen anzuwenden«, weshalb Gläubiger, Schuldner und »der genau umrissene Rechtsgrund« der künftigen Forderung feststehen müssen;[733] davon sieht *Koziol* auch die Sicherung aller Forderungen aus einer Geschäftsverbindung erfasst. Er bringt in diesem Zusammenhang auch noch ein zweites Argument, welches er im Vergleich mit der Bürgschaft entwickelt: Bei dieser bestünden gegen eine Erstreckung der Haftung auf sämtliche gegenwärtige und zukünftige Verbindlichkeiten, auch wenn dadurch eine unbeschränkte und ihrem Umfang nach nicht vorhersehbare Verpflichtung entstünde, grundsätzlich keine Bedenken (solange der Bürge mit unverdünnter Privatautonomie handle). Beim Pfand hingegen werde ein dingliches Recht auf vorzugsweise Befriedigung begründet,

---

731 Dies verkennt *Hoyer* in FS Strasser 931 (940 und insb 945), wenn er ausführt, die gesicherten Kredite müssen aus dem Pfandbestellungsvertrag und der Pfandrechtseintragung »identifizierbar sein und dürfen nicht alle denkbaren Kredite zwischen den Parteien darstellen, weil nur so eine Generalhypothek vermeidbar ist« (aaO 945). Wie hier hingegen *Apathy,* ÖBA 2000, 1031 (1037 f).

732 *Koziol,* ÖBA 2003, 809 (812).

733 *Koziol,* ÖBA 2003, 809 (811 f); zur Höchstbetragshypothek in diesem Sinne OGH (verstärkter Senat) 3 Ob 34/94, SZ 69/159 und umfassend *Apathy,* ÖBA 2000, 1031 (1037 ff), auf welche *Koziol* in diesem Zusammenhang verweist.

das auch gegen Dritte wirkt und deren Rechte daher einschränkt, indem anderen Gläubigern der Zugriff auf den Wert der Pfandsache in Höhe der gesicherten Forderung(en) jedenfalls entzogen ist. Daher verlangen, so *Koziol,* die Interessen Dritter klare Verhältnisse, damit diese nicht in ihrem **Vertrauen** enttäuscht werden.[734] Nicht näher ausgeführt wird allerdings, worauf sich dieses Vertrauen beziehen soll. Darüber, *dass* eine Sache verpfändet worden und daher dem freien Zugriff anderer Gläubiger entzogen ist, »informieren« Besitzentzug oder Pfandzeichen nach den §§ 451, 452 ABGB. Darüber, in welchem Ausmaß das Pfandrecht materiell ausgenützt ist, also um wieviel der Wert der Pfandsache die Höhe der gesicherten Forderung(en) allenfalls übersteigt und damit für konkurrierende Gläubiger zur Verfügung stünde, sieht das österreichische Fahrnispfandrecht (anders § 14 GBG für die Hypothek) hingegen keine Offenlegung gegenüber Dritten vor, die schutzwürdiges Vertrauen generieren könnte. Ob nun gerade das Gebot der Bestimmbarkeit der zu sichernden Forderung solches Vertrauen hervorzurufen und eine Beschränkung auf einen wie immer gearteten engeren Kreis an Rechtsgründen zu rechtfertigen geeignet ist, erscheint fraglich: Denn den Rechtsgrund einer gesicherten Forderung kann ein dritter Interessent idR allenfalls durch Nachfragen bei einer der Parteien des Pfandbestellungsvertrags in Erfahrung bringen. Sollte die Vertragspartei Auskunft geben (wozu nicht unbedingt Anlass besteht), tritt eine Warnung des Dritten in jedem Fall ein, grundsätzlich unabhängig davon, ob der Dritte erfährt, dass nur eine bestimmte Forderung gesichert ist, oder dass eine näher bezeichnete Mehrzahl, allenfalls sogar »alle« Forderungen gegen diesen Schuldner dem Pfandrecht unterliegen. Im letzten Fall ist der Warneffekt sogar besonders groß und der Interessierte sollte keinesfalls darauf vertrauen, dieses Pfandobjekt jemals für eigene Ansprüche realisieren zu können. Der Ansatz, die nähere (konkret einschränkende) Ausgestaltung des »Bestimmbarkeits«-Erfordernisses der gesicherten Forderung durch gerechtfertigtes Vertrauen Dritter zu begründen, führt also mE nicht weiter.

Apathy, der ebenfalls auf dem Standpunkt der hA steht, weist unter anderem auf folgende zwei Aspekte hin: Zum einen darauf, dass sich das Bestimmtheitserfordernis insoweit aus dem **Akzessorietätsgrundsatz** ergibt, als das Pfandrecht ja zur Sicherung einer Forderung dient und daher zumindest bestimmbar sein muss, welche Forderung gesichert sein soll. Hieraus folgert er jedoch keinerlei Einschränkungen, etwa dass jedenfalls der Rechtsgrund der künftigen Forderung bestimmbar sein müsse.[735] Zum Zweiten bringt *Apathy* ein interessantes historisches Argument ins Spiel, indem er auf die bewusste Abkehr des ABGB vom sog *pignus Gordianum* hinweist. Mittels dieses auf den römischen Kaiser Gordian III.

734 *Koziol,* ÖBA 2003, 809 (811 f).
735 *Apathy,* ÖBA 2000, 1031 (1038).

zurückgehenden Retentionsrechts konnte ein Pfandgläubiger auch nach Tilgung der vereinbarungsgemäß gesicherten Verbindlichkeit die Pfandsache weiterhin zur Sicherung anderer, nicht pfandmäßig gesicherter Forderungen zurückbehalten.[736] Vor dem Hintergrund der Abschaffung dieses Sicherungsmittels erhalte nun die Ablehnung von Pfandhaftungen für alle Forderungen eines Gläubigers gegen einen bestimmten Schuldner (dh ohne Einschränkungen in Bezug auf den Rechtsgrund) Schützenhilfe durch den Willen des Gesetzgebers: Es widerspräche der in der Abschaffung des *pignus Gordianum* liegenden Entwicklung, wenn der **Schuldner die Pfandhaftung nie mehr beenden könnte**, weil immer noch die Möglichkeit des Entstehens künftiger Forderungen bestünde.[737] Damit erhält das Bestimmbarkeitserfordernis im Sinne der hA abermals eine neue Facette: Es könnte – in Bezug auf den Aspekt des Rechtsgrunds – dem Schutz des Pfandbestellers dienen. Er soll seine Sache wieder auslösen und unbeschränkt nutzen oder anderweitig verwerten können. Das Gewicht dieses Arguments dürfte aber letztlich nicht allzu groß sein. Denn einmal besteht auch in Fällen einer unbeschränkten Haftungsübernahme ohne Rechtsgrundbegrenzung für die allermeisten denkbaren Verbindlichkeiten sehr wohl eine Steuerungsmöglichkeit des Schuldners, indem er zB eine bestehende laufende Geschäftsverbindlichkeit kündigt bzw mit dem Pfandgläubiger keine neuen Verträge mehr abschließt und die bestehenden Verbindlichkeiten abbezahlt. Und zum Zweiten stellt sich die grundsätzliche Frage, ob eine Rechtsordnung, die ein unentgeltliches Aufgeben des Vollrechts in Form von Schenkung und Dereliktion ohne weiteres billigt, so starke Vorbehalte gegen ein potentiell »ewiges Pfandrecht« haben kann, das gegenüber der Aufgabe des Vollrechts ja jedenfalls ein Minus darstellt.

Soweit zu jenen Stimmen, die das herrschende Verständnis vom Erfordernis der Bestimmbarkeit nach Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund argumentativ zu untermauern versucht haben. Im Folgenden möchte ich mich Autoren zuwenden, die von diesem Ansatz in gewissem Ausmaß Abstriche zu machen bereit sind. In gewissem Maße trifft dies zunächst auf *Hoyer* zu, wenngleich er nur in einem einzigen Punkt Konzessionen macht, im Übrigen aber jedenfalls bestrebt ist, den Standpunkt der hA näher zu begründen. *Hoyer* führt aus, dass die Angabe des Gläubigers sich bereits aus dem Akzessorietätsgrundsatz ergebe; Forderungs- und Pfandgläubiger müssten immer ein und dieselbe Person sein. Für die Identifizierbarkeit der gesicherten Forderung nicht unbedingt erforderlich sei allerdings die Angabe deren **Schuldners.** Das zeige sich schon am Beispiel des verlängerten Eigentumsvorbehalts unter Vorausabtretung der Kaufpreisforderungen aus Weiterveräußerungsgeschäften. Dort genüge zur Identifizierung der Forderung Gläubiger und

736 Siehe oben II.A.5. unter 2.
737 *Apathy,* ÖBA 2000, 1031 (1038). *Nippel,* Erläuterung III 554, auf den *Apathy* in Entwicklung seines Arguments hinweist, zieht diese Schlussfolgerung übrigens noch nicht.

Rechtsgrund.[738] Vehement setzt sich *Hoyer* sodann im Sinne der hA bzw diese sogar tendenziell verschärfend für eine »möglichst einengende Spezifikation der abstrakten Rechtsgründe zukünftiger Forderungen« ein.[739] Dabei nennt er auch einige Normen, die als Grundlagen des Bestimmbarkeitserfordernisses in Betracht kämen. Neben den Bestimmungen zum Akzessorietätsgrundsatz (§§ 449, 469 ABGB) wird insbesondere das allgemeine **vertragsrechtliche Bestimmtheitserfordernis des § 869 ABGB** angeführt.[740] Dass allerdings gerade § 869 ABGB als eine taugliche Grundlage für eine strenge Handhabung des Bestimmbarkeitserfordernisses fungieren sollte, erscheint nicht naheliegend: Dissens und damit Nichtigkeit der Vereinbarung – als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 869 ABGB – läge ja nur dann vor, wenn sich dem Erklärten auch mithilfe der Auslegungsregeln der §§ 914 f ABGB kein klarer Sinn beilegen ließe.[741] Das würde aber gerade bei der Besicherung »aller« Forderungen idR nicht der Fall sein.

Eine im Ansatz liberalere Position hat *Eicher* unter Rückgriff auf *Strasser* vertreten: Danach kommt es auf die Bestimmbarkeit von Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund nicht unbedingt an. Wesentlich sei schlichtweg, dass anhand der im Pfandbestellungsvertrag gemachten Angaben im Zeitpunkt des Existentwerdens des zu sichernden Forderungsrechts **zweifelsfrei die Identität der Forderung bestimmt** werden kann, sodass nicht generell alle Bestimmtheitsmerkmale vorhanden sein müssen.[742]

In **Zusammenfassung** dieser Diskussion zum geltenden Recht lässt sich als Minimalkonsens festhalten, dass jedenfalls eine Identifizierung der gesicherten

---

738 *Hoyer* in FS Strasser 931 (938 f). Das Ergebnis, dass eine Angabe des Schuldners für die Identifizierung der gesicherten Forderung nicht unbedingt erforderlich ist, verdient mE absolute Zustimmung. Es ist lediglich klarzustellen, dass das Beispiel des verlängerten Eigentumsvorbehalts hierfür nur mittelbar einschlägig sein kann. Denn dort geht es um die Identifizierbarkeit der *abgetretenen* Forderungsrechte (also um die Identifizierbarkeit des Sicherungsguts), nicht wie hier um jene der *gesicherten* Forderungen.

739 *Hoyer* in FS Strasser 931 (insb 940, dort auch die zitierte Passage). Argumentativ folgt er dabei der oben referierten E OGH 3 Ob 210/54, JBl 1955, 67 (bei und nach FN 729).

740 *Hoyer* in FS Strasser 931 (940). In der Folge wird auch § 937 ABGB als Argument dafür herangezogen, dass »ganz generelle Verfügungen bei Sicherungsgeschäften – wie auch sonst – im österreichischen Recht nicht zulässig sind«. Schon allein deshalb sei »die Sicherung *aller* zukünftiger Forderungen gegen einen bestimmten Schuldner, sowohl durch Pfandrecht, als auch durch Bürgschaft, von vornherein ausgeschlossen« (aaO 940; Bezugnahme auf § 937 ABGB in FN 70). Gegen die Berufung auf § 937 ABGB in diesem Zusammenhang hat *Koziol,* ÖBA 2003, 809 (809) mE zutreffend eingewandt, dass diese Bestimmung bloß allgemeine, unbestimmte Verzichtsleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrags betrifft.

741 Vgl etwa *Pletzer* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] (2019) § 869 Rz 27 mwN; *Welser/Kletečka,* Grundriss I[15] 137 (Rz 425).

742 Siehe *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 22 in Anschluss an *Strasser,* Die Abtretung künftiger Forderungsrechte, in FS Hämmerle (1972) 397 (insb 408 f). Der von *Strasser* zur Identifizierbarkeit künftiger Forderungen zum Zweck der Vorausabtretung entwickelte Ansatz wird bei *Eicher* somit auf die Identifizierbarkeit der künftigen gesicherten Forderung übertragen. *Strassers* Ansicht wird unten III.C.2.a. unter 3. in ihrem eigentlichen Kontext etwas genauer referiert.

Forderung möglich sein muss. Die im Gesetz vorgegebene akzessorische Ausgestaltung des Sicherungsinstruments Pfandrecht verliefe ins Leere, wenn nicht ermittelt werden kann, welche Forderung wirksam begründet sein muss, bei Tilgung das Pfand wieder freiwerden lässt und insbesondere bei unberichtigtem Aushaften nach Fälligkeit zur Verwertung des Pfands berechtigen soll. Darüber, ob ganz bestimmte Kriterien einer Forderung jedenfalls bestimmt sein müssen, um diesen Anforderungen zu genügen, ist damit noch nichts ausgesagt. Solche Aussagen lassen sich mE auch nicht generell treffen. Das Akzessorietätsprinzip verlangt, dass die Identität der gesicherten Forderung bestimmt werden kann. Das allgemeine vertragliche Bestimmtheitsgebot ist überhaupt ein ganz weitmaschiges Netz und siebt nur Vereinbarungen aus, denen sich auch mit Hilfe der Auslegung kein klarer Inhalt beimessen lässt. Die im Sinne der hA für eine gewisse Einengung vorgetragenen Argumente beziehen sich regelmäßig auf Schutzerwägungen, die über die Frage der bloßen Bestimmbarkeit der Forderung hinausgehen. Teilt man die Stoßrichtung dieser Erwägungen in rechtspolitischer Hinsicht, sollte dem besser an anderer Stelle Rechnung getragen werden. Dafür, sie beim Erfordernis der Identifizierung der gesicherten Forderung zu verorten, bestehen im positiven Recht eigentlich keine hinreichenden Anhaltspunkte.

2. Zuletzt ist der Blick noch kurz auf einen weiteren Aspekt der Diskussion zur Bestimmbarkeit bzw Identifizierbarkeit der zukünftigen gesicherten Forderung zu richten: auf jenen des für die Beurteilung **maßgeblichen Zeitpunkts**. Die hA geht ja davon aus, dass Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund der zu sichernden Forderung im Zeitpunkt der **Pfandbegründung** bestimmbar sein müssen.[743] Da hier lediglich auf die *Möglichkeit* der Bestimmung abgestellt wird (»Bestimmbarkeit«), ist nicht ausdrücklich klargestellt, zu welchem Zeitpunkt sich diese Möglichkeit in wirkliche Bestimmtheit bzw Identifikation kristallisiert haben muss. Insoweit deutlicher ist die soeben erwähnte, von *Strasser* begründete und von *Eicher* für den hiesigen Kontext aufgegriffene Lehre: Danach müssen von mehreren möglichen Bestimmungsgründen eines Forderungsrechts so viele im Vertrag festgelegt sein, dass bezogen auf den konkreten Einzelfall sichergestellt ist, dass im Zeitpunkt des **Existentwerdens des Forderungsrechts** zweifelsfrei die Identität oder Nichtidentität der nun entstandenen Forderung mit der seinerzeit besicherten festgestellt werden kann.[744] Noch einmal Anderes lehrt *Iro:* Spätestens im Zeitpunkt der **Pfandverwertung** müsse die gesicherte Forderung eindeutig bestimmt werden können.[745]

743 Vgl die Nachweise oben in FN 724.

744 Für den hiesigen Kontext der Identifizierbarkeit der gesicherten Forderung adaptiert nach *Strasser* in FS Hämmerle 397 (408). In diesem Sinne auch *Eicher,* Mobiliarpfandrecht 22.

745 *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] 187 f (Rz 9/7); so auch *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 447 Rz 18 und § 449 Rz 7.

Näher begründet – in Abgrenzung zu den jeweils anderen – wird soweit ersichtlich keine dieser Auffassungen. Das verwundert letztlich auch nicht, lassen sich dem Gesetz doch hierfür keine deutlichen Anhaltspunkte entnehmen. Dann liegt es mE aber nahe, wiederum von der oben umrissenen Funktion der Identifizierbarkeit in Zusammenhang mit dem Akzessorietätsgrundsatz auszugehen. Dieser kann in verschiedenen Zusammenhängen relevant werden und es kommt jeweils darauf an, ob die betreffende Forderung in dem für diesen Zusammenhang maßgebenden Zeitpunkt besteht, welchen Umfang sie in diesem Zeitpunkt hat etc. Es sollte daher schlicht auf den jeweiligen **Beurteilungszeitpunkt** abgestellt werden, der für die konkret zu lösende Rechtsfrage maßgebend ist. Das kann zB der Zeitpunkt der angestrebten Verwertung des eigenen Pfandrechts sein, es kann jener sein, in dem ein Dritter in die Pfandsache Exekution führt und für die vorrangig gesicherte Forderung die vorzugsweise Befriedigung begehrt wird, oder jener Zeitpunkt, in dem ein Rangtausch erfolgen soll. Sollte die Identifizierung im Zeitpunkt des Existentwerdens des Forderungsrechts noch nicht möglich sein (zB weil zur Identifizierung nötige Beweismittel nicht verfügbar sind), zu einem späteren Zeitpunkt jedoch gelingen, spricht nichts dagegen, dies genügen zu lassen.

B. Sicherungsübereignung

Nächster Untersuchungsgegenstand ist die Sicherungsübereignung. Ihr ist hier insofern besondere Aufmerksamkeit zu widmen, weil sich die vorliegende Untersuchung nicht zuletzt mit Blick auf künftige Reformen mit der Frage zu befassen hat, ob, inwieweit und aus welchen Gründen die Wahl wirtschaftlich ähnlicher, in ihrer Rechtsform jedoch verschiedener Sicherungsinstrumente Unterschiede in Hinblick auf Wirksamkeitsvoraussetzungen und rechtliche Konsequenzen zu rechtfertigen vermag. Aus österreichischer Sicht steht zunächst die Frage der Wirksamkeit und damit die Tatbestandsseite im Vordergrund; zentraler Aspekt ist auch hier wie so häufig jener der Publizität. Es zeigt sich, dass sich das österreichische Recht trotz anfänglicher Schwierigkeiten relativ bald schon und letztlich auch einigermaßen weitgehend zu funktional bedingten Annäherungen von Vollrechtssicherung und beschränkt dinglicher Sicherung durchgerungen hat – im Vergleich mit vielen der später erörterten anderen europäischen Rechtsordnungen eine bemerkenswerte Leistung, die zudem Radikallösungen früh schon vermieden hat. Es zeigt sich freilich ebenfalls, dass diese Annäherung dort, wo sie erfolgt ist, stets dieselbe Richtung genommen hat: hin zu den (allein dem Gesetz entnehmbaren) Pfandrechtsregeln. Wo diese in wirtschaftlicher Hinsicht besonders rigide sind – wie eben gerade in Hinblick auf Publizitätsanforderungen – eröffnet die Wahl einer anderen Rechtsform somit keine praktische Erleichterung.

1. Entwicklung der Zulässigkeit

Wie *Klang* in einer 1912 erschienenen ausführlichen Untersuchung über das verbreitete Problem missbräuchlicher Exekutionsvereitelungen durch Exszindierungsklagen berichtet, war die – gesetzlich nicht geregelte – Sicherungsübereignung in Österreich schon damals in verschiedenen, allesamt publizitätslosen Spielarten »seit langem gebräuchlich«, wenngleich nicht in gänzlich vergleichbarem Maße wie in Deutschland. Sie habe, meint *Klang,* geradezu »den Stempel der ihr meist innewohnenden fraudulösen Absicht an der Stirne« getragen.[746]

1. Die **Rechtsprechung** findet lange keine klare Linie. Eine frühere Entscheidung aus 1908 zu einem Verkauf mit Vorbehalt des Rückkaufsrechts orientiert sich, ohne dies klar zu sagen, an der Lehre von Simulation: Der konkrete Geschäftswille der Parteien sei auf Sicherstellung einer Forderung und daher beiderseits auf ein Pfandgeschäft gerichtet gewesen. Im Ergebnis wird die Wirksamkeit der Übereignung **verneint.**[747] Auch der Gedanke, dass die getroffenen Abreden schlichtweg keinen zum Erwerb des Eigentumsrechts hinreichenden Titel abgeben würden, scheint eine Rolle gespielt zu haben.[748] Eine intensivere Auseinandersetzung mit dem Wesen der Sicherungsübereignung lässt sich dann in Judikaten ab etwa 1913 nachvollziehen, wohl mit bedingt durch eine sich verbreiternde Diskussion im

746 Siehe *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (258 ff; Zitate aus 257). Die Schrift ist 1915 auch als Monographie erschienen, zitiert wird hier aus der früheren Publikation. Vgl kurz auch *Rabel,* Einige bemerkenswerte Neuheiten im schweizerischen Zivilgesetzbuche, GZ 1911, 161 (165), der aus seiner früheren Wiener Praxis berichtet, dass »solche Geschäfte hier durchaus im Schwunge waren, und angesehene Wiener Advokaten sie ohne Skrupel gemacht haben«. Beide berichten auch übereinstimmend davon – und *Klang* (aaO 259) vermutet darin einen wesentlichen Grund für die geringere Verbreitung im Vergleich zu Deutschland –, dass verbreitet zu einer funktional ähnlichen, aufgrund gerichtlicher Mitwirkung freilich besser beleumundeten Konstruktion gegriffen wurde: Man hat den Gläubiger einvernehmlich ein exekutives Pfandrecht nehmen lassen, das durch gerichtlichen Verkauf aus freier Hand vollstreckt werden sollte, was sehr gut verwendet habe werden können, den Verpflichteten im exekutionsfreien Besitz seiner Mobilien zu erhalten. Ein weiteres Zeugnis von der starken Verbreitung der publizitätslosen Sicherungsübereignung gibt *Bartsch,* Die Sicherungsübereignung in der neuen Konkursordnung, JBl 1914, 557 (der feststellt, dass »das fragliche Geschäft bei uns blüht«, aaO 557).

747 OGH 3.6.1908, GlUNF 4.258. Warum genau die Sicherheit letztlich unwirksam ist, wird nicht näher ausgeführt. Gemeint wird sein, dass für eine Eigentumsübertragung der Titel fehlt (angenommen wurde ja eine Verpfändungsabrede), eine Pfandbestellung dagegen an der fehlenden Sachübergabe scheitern muss.

748 Vgl die bei *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (280 FN 156) berichtete Entscheidung OGH 17.10.1912, Rv I 763/12 (wohl unveröffentlicht). Darin wird nach *Klangs* Schilderung die Abweisung einer Widerspruchsklage damit begründet, dass »es an einem Titel zum Eigentumserwerbe fehlt, da ja die Gegenstände nicht etwa zur Zahlung des Darlehens, sondern als Sicherstellung desselben gegeben wurden und der abstrakte Rechtstitel des Vertrages zum Eigentumserwerbe umso weniger hinreicht, als nach dem Wortlaute des Vertrages das Inventar als Eigentum der Klägerin nur betrachtet werden sollte«.

Nachgang des 31. Deutschen Juristentags 1912 in Wien, auf dem die Sicherungsübereignung zentrales Thema war. Nun wendet sich das Blatt; der OGH erklärt die (publizitätslose) Sicherungsübereignung für **wirksam**. Die offenbar erste dieser Entscheidungen datiert aus Oktober 1913 und beschränkt sich primär auf die Frage eines wirksamen Titels iSd § 424 ABGB: Dies müsse nicht einer der gesetzlich besonders geregelten Erwerbstitel sein, vielmehr bestünde kein sachliches und rechtliches Bedenken dagegen, auch Innominatverträge als gültige Erwerbstitel anzusehen. Der Umstand, dass das Übereinkommen den Zweck verfolgt, dem Gläubiger Sicherstellung für eine Forderung zu bieten, vermöge an der Rechtswirksamkeit der Eigentumsübertragung nichts zu ändern. Die Vertragsfreiheit gestatte es auch, andere Kreditsicherungsformen als die im Gesetz als typisch geregelten zu gebrauchen. Schließlich wird auf die kurz zuvor ausgesprochene Zulässigkeit von Sicherungszessionen verwiesen. Ein Publizitätsproblem wird nicht diskutiert. Vielmehr begnügt man sich mit dem Hinweis, dass eine wirkliche Übergabe (§ 426 ABGB) des Sicherungsguts an den Gläubiger erwiesen sei (auch wenn die Sachen dem Schuldner in der Folge wieder überlassen wurden).[749]

Eine weitere, nur wenige Monate später ergangene Entscheidung baut diese Argumentation aus:[750] Wieder wird zunächst bei der Tauglichkeit des Übereignungstitels angeknüpft und diese entsprechend der Vorentscheidung bejaht. Hierbei baut der OGH die dogmatische Durchdringung des neuen Rechtsinstituts aus, wobei der Einfluss der deutschen Diskussion nun recht deutlich wird: Der als Titel zur Eigentumsübertragung fungierende Vertrag sei »als *Contractus sui generis* zu qualifizieren, der in der Rechtswissenschaft als ›Sicherungsübereignung‹ bezeichnet wird. Bei einer Sicherungsübereignung sucht der Schuldner den durch den Tauschwert bedingten Sicherungswert seiner Güter zu Kreditzwecken zu verwerten, ohne sich dabei der Vorteile des Gebrauchswerts begeben zu müssen«. Es werde »das volle, wenn auch fiduziarische Eigentum« übertragen. In sinngemäßer Übernahme von *Regelsbergers* Treuhandlehre[751] erklärt der OGH den Einwand des Scheingeschäfts für unbegründet: Es seien nicht etwa die in dem Rechtsgeschäft zum Ausdruck gebrachten Rechtsfolgen nicht gewollt. Sondern »[b]ei der Sicherungsübereignung, einem fiduziarischen Rechtsgeschäfte, geht …

749 OGH 29.10.1913, GlUNF 6.629. Referat dieser und der folgend besprochenen Entscheidung vom 8.1.1914 bei *H. Demelius,* Der Oberste Gerichtshof und das Handelsrecht. Ein Rückblick, in FS Jahrhundertfeier des OGH (1950) 1 (5 ff). Ähnlich zur Tauglichkeit der Übereignungscausa offenbar die vermutlich unveröffentlicht gebliebene E OGH 26.11.1913, Rv I 970/13, erwähnt bei *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (280 FN 156).

750 OGH 8.1.1914, JBl 1914, 513; alle Zitate in diesem und im folgenden Absatz aus dieser Entscheidung. Kritisch besprochen bei *Daninger,* Einführung der Sicherungsübereignung durch die Rechtsprechung? Inhalt der Exszindierungsklage? Geltendmachung des Pfandrechtes? JBl 1914, 505; vgl auch *Reinold,* Die schwankende Rechtsprechung über die sicherungsweise Eigentumsübertragung, JBl 1916, 255 (255 f).

751 Vgl oben II.B.4.b. unter 1.

der Wille der Parteien dahin, den allerdings über das angestrebte Ziel wirtschaftlich hinausgehenden Effekt zunächst doch sicherlich herbeizuführen, wenn auch später nach Erfüllung gewisser Voraussetzungen der Wegfall dieses Effekts wieder in Aussicht genommen ist«. Sodann wird noch dem allfälligen Vorwurf unzulässiger Gesetzesumgehung vorgebeugt: Dem Gesetz könne nicht entnommen werden, dass es eine Sicherheit an beweglichen Sachen »nur im Wege einer Verpfändung als zulässig, und jede andere Form der Realsicherung als ausgeschlossen wissen wollte; es liegt somit kein vorgetäuschtes Scheingeschäft, sondern ein ernstlich gewählter, gesetzlich nicht unzulässiger Umweg vor, den die Vertragsteile deshalb angetreten haben, weil sich ihnen eine andere geeignete Form zur Verwirklichung ihres an sich nicht unerlaubten wirtschaftlichen Zweckes nicht darbot«.

Die zuletzt zitierte Passage erinnert frappierend an Stellungnahmen aus der deutschen Rechtsprechung des ausgehenden 19. Jahrhunderts und in den Materialien zum BGB.[752] Allein das dort maßgebliche Vehikel dieser »Verwirklichung des wirtschaftlichen Zwecks« wird vom OGH mit keiner Silbe direkt angesprochen: das Ermöglichen weiterer Sachnutzung durch Besitzkonstitut. Das erstaunt, denn der OGH spricht in dieser Entscheidung sogar ganz offen mögliche Gefahren der Sicherungsübereignung an. Diese sei insbesondere »für den gesunden Kreditverkehr nicht unbedenklich«, doch könne man den »Missbräuchen und Auswüchsen der Sicherungsübereignung« zum Teil mit einer strengen Handhabung der Vorschriften über die Sinnfälligkeit des Eigentumsübergangs gegensteuern. Die konkrete Ausformung dieses Gedankens hat dann allerdings (wieder unausgesprochen) eine besondere Note: Obzwar eine körperliche Übergabe bei den in Frage kommenden Gegenständen, meistens Gesamtsachen, als untunlich ausscheide, »so kann doch zumindest auf die genaueste Beobachtung der Surrogate für diese körperliche Übergabe, die symbolische Tradition und Übergabe durch Erklärung der aufgestellten Vorschriften der §§ 427 und 428 a.b.G.B. gedrungen werden«. Recht betrachtet muss der – als Publizitätsargument gebrachte (!) – Verweis auf die Übergabe durch Erklärung iSd § 428 ABGB das Besitzkonstitut meinen; denn eine Übergabe kurzer Hand kommt in den vom OGH in den Blick genommenen Fällen doch noch weniger in Betracht als jene von Hand zu Hand. Somit geht dieser, wenn man so will, erste Versuch einer Synthese deutscher Dogmatik und österreichischen Publizitätsdenkens am Kern des Problems, eben der Wahrung dauerhafter Publizität zum Schutze Dritter entsprechend den pfandrechtlichen Bestimmungen, doch recht deutlich vorbei. Im konkreten Fall war dies unschädlich: Es lagen nach den Feststellungen wohl alle Voraussetzungen für eine ausreichende Publizierung durch »Zeichen« iSd § 452 ABGB vor (es hätte sich den Parteien dann freilich auch eine »andere geeignete Form zur Verwirklichung ihres ...

752 Siehe oben II.B.4.b. unter 4.

wirtschaftlichen Zweckes« dargeboten, nämlich gerade das vom Gesetz zur Verfügung gestellte Pfandrecht).

Auch auf zwei weiteren Ebenen, dies sei hier nur ergänzend berichtet, versucht der OGH in dieser Entscheidung gegen allfällige Einwände abzudichten: Das in § 1371 ABGB normierte Verbot der Verfallsklausel – schließlich wird der Gläubiger ja Eigentümer – stehe der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung nicht im Wege. Denn auf den diese begründenden Vertrag, weil kein Pfandvertrag, sei es gar nicht anwendbar. Und schließlich widerstreite die Vereinbarung eines fiduziarischen Eigentums auch nicht der Natur des Eigentumsrechts.[753] Dem in der Praxis offenbar am häufigsten vorgebrachten Einwand der Simulation ist der OGH im Übrigen in etlichen Entscheidungen auch noch mit ganz anderen Mitteln begegnet; nämlich mit der Behauptung, dieser stehe einem Dritten (zB dem Exekution führenden Drittgläubiger) überhaupt nicht zu.[754]

2. Die referierte frühe österreichische Judikatur zur Sicherungsübereignung, so wechselhaft sie ist, beinhaltet ein durchgehendes Element: Die Lösungen folgen einem **Alles-oder-Nichts-Denken**; die Sicherungsübereignung ist entweder voll wirksam oder vollkommen wirkungslos. Auch hierin gleicht die Entwicklung jener des deutschen Rechts vor Inkrafttreten des BGB.

Nichts anderes gilt zunächst für das österreichische Schrifttum. Es ist zu einem beträchtlichen Teil kritisch.[755] Das praktische Problem der Sicherungsübereignung mit Besitzerhalt des Schuldners sieht man im Übrigen nicht nur in ihrer fehlenden Erkennbarkeit für Dritte, die dem Schuldner im Vertrauen auf vermeintlich greifbares Vermögen kreditieren oder dingliche Rechte an der Sache begründen möchten. Als besonders problematisch empfunden wird zudem, dass die Übertragung der (weiter zur Verfügung stehenden) Sache dem Schuldner ein »Schutzschild gegen jede Exekution« verschaffe.[756] Das damit eröffnete Missbrauchsrisiko wird als erheblich angesehen: Wird die pro forma (vielleicht auch nur für eine geringe Schuld) sicherungsübereignete, beim Schuldner verbliebene Sache von einem dritten Gläubiger gepfändet, kann durch Exszindierungsklage des Sicherungsgläubigers nicht nur diesem sein Befriedigungsobjekt, sondern auch dem Schuldner die weitere Nutzung der Sache erhalten werden.[757]

---

753 OGH 8.1.1914, JBl 1914, 513.

754 Beispielsweise in OGH 12.11.1913, GlUNF 6.646. Eingehend dagegen *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (190 ff) mwN zur hL.

755 Neben den bereits in FN 746 zitierten Beiträgen von *Klang* und *Rabel* vgl etwa *Pfersche,* ZBl 30 (1912) 725; *Reinold,* JBl 1916, 255; *Daninger,* JBl 1914, 505. Vgl auch *Geller,* Bemerkung der Redaktion, ZBl 28 (1910) 234, der meint, die Sicherungsübereignung sei »ein Umgehungsversuch mit untauglichen Mittel …, weil ›donner et retenir ne vaut‹«.

756 *Daninger,* JBl 1914, 505 (505).

757 Ausführlich zu den verschiedensten Facetten missbräuchlicher Exszindierungsklagen *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (passim). Von häufigem Missbrauch in der wirt-

Der Argumentationshaushalt dieser Literatur entspricht sehr weitgehend jenem, der oben zur Entwicklung des deutschen Rechts vor Inkrafttreten des BGB erörtert wurde,[758] ergänzt durch Argumente aus dem österreichischen Grundsatz der kausalen Übereignung. Wie angedeutet, laufen die Argumente jeweils auf eine Alles-oder-Nichts-Lösung hinaus. Dabei wird weitgehend durchaus akzeptiert, dass mit dem Simulationseinwand angesichts des tatsächlich auf Eigentumsübertragung gerichteten Parteiwillens nichts zu gewinnen ist.[759] Als vermeintlich entscheidende Waffe ins Feld geführt wird aber beispielsweise der in der deutschen Diskussion als Rechtfertigung für die publizitätslose Sicherungsübereignung herangezogene und damit quasi »aufgelegte« Aspekt des **Abstraktionsprinzips:**[760] Für *Pfersche* »besteht kein Zweifel, daß nach heutigem Recht die Sicherungsübereignung unzulässig ist. Das österreichische Gesetz hat es unterlassen, der abstrakten ›Einigung‹ bei sachenrechtlichen Geschäften besondere Wirkungen zuzuschreiben«.[761] Ganz im Sinne der frühen Gegner der publizitätslosen Sicherungsübereignung in der deutschen Diskussion[762] macht *Klang* einen **Verstoß gegen das Verbot der Mobiliarhypothek** geltend:[763] Entscheidend sei, ob die Forderung der Gewahrsamsübertragung nur als eine Formvorschrift für den Pfandvertrag anzusehen sei oder ob das Gesetz schlichtweg die Sicherung des Gläubigers durch eine im Gewahrsam des Schuldners verbleibende Sache verbieten wollte. Es sei nun aber doch wohl sicher, dass die modernen Kodifikationen die Mobiliarhypothek

---

schaftlich schwierigen Vorkriegszeit und mehr noch während des 1. Weltkriegs gehen auch andere Autoren aus: *Wellspacher,* GZ 1918, 49 (52) meint, dass die sicherungsweise Eigentumsübertragung in Österreich »in sehr hohem Maße dem Schiebungsbedürfnisse unredlicher Schuldner dient«. Vgl auch *Ehrenzweig,* System I/2² 193.

758 Siehe II.B.4.

759 So insbesondere *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (270 f); *Schey,* Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/3 (1907) 575 f; übereinstimmend die oben zitierte E OGH 8.1.1914, JBl 1914, 513.

760 Vgl oben II.B.4.b. unter 2. und II.B.4.c. unter 1. Der äußerst begrenzte Wert dieses Arguments für die Rechtfertigung einer publizitätslosen Sicherungsübereignung ist in den erwähnten Kapiteln erörtert.

761 *Pfersche,* ZBl 30 (1912) 725 (726). Das Gegenteil scheint bemerkenswerterweise *Klang* im Zuge seiner Ausführungen zur Simulation zu vertreten: Er meint im Ergebnis, die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung könne aus dem Grunde der Simulation nicht bestritten werden. Simuliert sei allenfalls das obligatorische Grundgeschäft (wozu reichlich auf deutsches Schrifttum verwiesen wird). Die Wirksamkeit des dinglichen Vertrags könne durch den Einwand der Simulation hingegen nicht angegriffen werden. So *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (271 f). Im Rest seines Beitrags steht *Klang* hingegen eindeutig auf dem Boden der dem ABGB eigenen kausalen Tradition (insb aaO 276 ff). – Der Hinweis auf das in Österreich im Gegensatz zu Deutschland nicht verwirklichte Abstraktionsprinzip begegnet später auch bei *Ehrenzweig,* System I/2² 192, der hieraus allerdings kein Argument für oder gegen die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung entwickelt. Ähnlich *Apathy,* Die Sicherungsübereignung, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX² (2012) 277 (279 Rz 4/3).

762 Vgl zu den Beiträgen *Kohlers* und *Hellwigs* oben II.B.4.a.

763 *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (275 f).

deshalb verboten hätten, weil diese eine Gefährdung des Kredits herbeigeführt habe; und diese Gefährdung sei von der Wahl einer bestimmten Rechtsform nicht abhängig. Beim Schluss auf die hieraus zu ziehenden Konsequenzen unterläuft *Klang* dann allerdings ein Fehler, der in der erwähnten deutschen Diskussion durch unklare Formulierungen ebenfalls bereits angelegt ist:[764] Als Rechtsfolge zieht er nicht etwa ein Durchschlagen pfandrechtlicher Publizitätsvorschriften in Betracht (sodass eine Sicherungsübereignung zumindest dann grundsätzlich wirksam sein könnte, wenn sie diesen Vorschriften entspricht). Vielmehr bewegt auch er sich in den Bahnen eines Alles-oder-Nichts: Es sei für das österreichische Recht »die Sicherungsübereignung als unzulässig zu erklären«.[765]

Weitere Argumente bestätigen das Schwarz-Weiß-Muster: Jegliche Sicherungsübereignung sei unwirksam, »[d]enn es dürfte entschieden dem Geiste unserer Rechtsordnung nicht entsprechen, das **Eigentum** ... als transitorisches, nebensächliches Mittel für Sicherungszwecke zuzulassen«.[766] Am intensivsten diskutiert wird freilich die Frage, ob das fiduziarische Geschäft bzw die **Sicherungsabrede** überhaupt einen **tauglichen Rechtsgrund** für die Übereignung abgeben könne. Ein Teil der Lehre bejaht diese Frage unter vornehmlichem Rückgriff auf deutsche Vorbilder sowie dem Hinweis, dass auch dem ABGB ein »eingeschränktes Eigentumsrecht« durchaus bekannt sei (etwa bei der fideikommissarischen Substitution, § 613 ABGB).[767] Andere lehnen dies ab.[768] Die stärksten Argumente dieser ablehnenden Haltung stammen wieder von *Klang.* Er greift die im ABGB beim Ersitzungs- und Besitzrecht vorgenommene Unterscheidung zwischen »hinlänglichen« und nicht hinlänglichen Titeln zur Ersitzung des Eigentumsrechts (§§ 1461 f ABGB) sowie das korrespondierende Erfordernis eines »tauglichen« Rechtsgrunds für die Rechtmäßigkeit des Besitzes (§ 316 ABGB) auf[769] und konkretisiert diese

764 Dazu oben II.B.4.b. unter 3. aE. Dort auch zur Fehlerhaftigkeit des Gedankens.

765 So *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (276). Zu seiner Verteidigung wird man anführen können, dass *Klangs* gesamte Schrift – der praktischen Erfahrung entsprechend – ausschließlich von publizitätslosen Sicherungsübereignungen handelt und dass das zitierte Urteil sich damit vielleicht nur auf solche beziehen soll. Zugleich bestätigt dies aber den Kern des Problems im damaligen Diskurs: An sonstige Möglichkeiten wird (noch) nicht gedacht.

766 *Reinold,* JBl 1916, 255 (257); Hervorhebung von mir.

767 Siehe insbesondere *Schey,* Obligationsverhältnisse I/3, 576 f mit zusätzlichem Hinweis auf das in § 468 ABGB vorausgesetzte »zeitliche« (oder bedingte) Eigentumsrecht des Pfandgebers. Ihm folgend *Rappaport,* Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911) 400 (427).

768 Vgl neben *Klang* (siehe sogleich im Text) *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig,* System I^5 589 f: Nur ein Geschäft, das die Ausscheidung der Sache aus dem Vermögen des Übergebers bezweckt, könne die Übertragung des Eigentums rechtfertigen; hierzu seien die fiduziarischen Geschäfte, zB die Sicherungsübereignung, nicht zu rechnen.

769 *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (276 ff). Gegen den Rückgriff auf § 1461 ABGB zur Beurteilung der *fiducia* als tauglichen Rechtsgrund für den derivativen Eigentumswerb

Konzepte aus der Entstehungsgeschichte des ABGB.[770] Danach seien ein zur Übertragung des Eigentumsrechts hinlänglicher Titel der Kauf- oder Tauschvertrag, »[n]icht aber auch die Vermietung, … und derlei Handlungen, wodurch man Willens ist, nur den Gebrauch, die Verwahrung, *die Sicherheit* oder ein anderes vom Eigentum ganz unterschiedenes dingliches Recht an jemanden zu übertragen«.[771] Dass diese Regelungen nicht ins ABGB übernommen wurden, sei auf Kürzungen, nicht auf eine Änderung des Gesetzgeberwillens zurückzuführen. Zwingend sind auch diese Argumente allerdings nicht: Dass die Gesetzesverfasser mit »Sicherheit« lediglich das Pfandrecht gemeint und an anderes nicht gedacht haben, liegt eher nahe denn fern (vgl die Nennung des Pfandrechts unter den »rechtlichen Arten der Sicherstellung« in § 1343 ABGB). Und ein vom Eigentum »unterschiedenes« dingliches Recht soll bei der Sicherungsübereignung ja gar nicht begründet werden. Das Eigentum soll lediglich einem spezifischen und insoweit beschränkten Zweck dienen.

3. Eine erste Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Denken vollzieht ausgerechnet der Gesetzgeber. Im Zuge der Einführung einer neuen Konkurs- bzw Ausgleichsordnung im Jahre 1914 geht er, der oben referierten Rechtsprechung folgend, von einer Anerkennung der Sicherungsübereignung (und Sicherungszession) im österreichischen Recht aus. Einem Beschluss des schon erwähnten 31. Deutschen Juristentags 1912 in Wien folgend, schränkt er die Rechtsposition des Sicherungseigentümers im Konkurs bzw Ausgleich des Sicherungsgebers allerdings auf ein bloßes **Absonderungsrecht** ein (§ 10 Abs 3 KO und § 10 Abs 3 AO).[772] Die Insolvenzordnung von 2010 hat dies unverändert übernommen (§ 10 Abs 3 IO). Damit bahnt sich im österreichischen Diskurs erstmals ein Mittelweg an: Man kann die Sicherungsübereignung grundsätzlich zulassen, aber dort in ihren Wirkungen beschneiden, wo diese als besonders nachteilig empfunden werden.

In der literarischen Diskussion zum Gesetzgebungsprozess der neuen Konkurs- und Ausgleichsordnung wird dieser Ansatz zum Teil weiterverfolgt. Eingemahnt werden – als zusätzliche Regelungen für Konkurs bzw Ausgleichsverfahren,

---

Rappaport in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB 400 (427): Als Ersitzungstitel sei sie schon deshalb unmöglich, »weil sie ja nicht auf dauernde Eigentumsübertragung geht«.

770 Zum Folgenden *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (278 ff).

771 Codex Theresianus II 6 n 34 (zum gesamten Kontext n 2, 32–34); in kürzerer Form auch Entwurf Horten II 5 § 2: »… nicht aber auch, wenn die Sache nur zum Gebrauch, *zur Sicherheit* übergeben, oder ein anderes von dem Eigentum unterschiedenes Recht daran bestellt wird.« Die Hervorhebungen folgen *Klang* aaO 279.

772 Eingeführt jeweils mit RGBl 1914/337. Zum Motiv, eine über das Erfordernis der Sicherstellung des Gläubigers hinausgehende Benachteiligung der Konkurs- bzw Ausgleichsgläubiger zu verhindern, vgl die Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 20.

also zunächst nur für diesen Bereich – nähere Beschränkungen der Erwerbungsart dieser Sicherungsrechte, um Erkennbarkeit für Dritte (die späteren Konkursgläubiger) zu gewährleisten. Zudem müsse der Sicherungsgläubiger bezüglich eines etwaigen Mehrwerts des Sicherungsguts über die gesicherte Forderung »streng kontrolliert werden«, da es sich dabei um ihm anvertrautes Gut der allgemeinen Masse handle; konkret wird Anwendung der konkursrechtlichen Verwertungsregeln gefordert.[773] Die Konkursordnung von 1914 hat diesbezüglich allerdings keine Klärung herbeigeführt.[774]

4. Man würde meinen, dass die implizite Anerkennung der Sicherungsübereignung durch die Konkurs- bzw Ausgleichsordnung die bereits erreichte Akzeptanz derselben in der nachfolgenden Rechtsprechung weiter stärken würde. Das Gegenteil ist der Fall: Zwei Entscheidungen aus 1915 bzw 1917 gehen nun zumindest außerhalb des Konkurses von der **Unwirksamkeit** der Sicherungsübereignung aus. Das frühere dieser beiden Judikate nimmt Simulation an und stützt sich in spitzfindiger (wenngleich unhaltbarer) Argumentation ausgerechnet auf § 10 Abs 3 KO: Diese Bestimmung erkenne der Sicherungsübereignung nämlich nicht die volle Wirkung eines Eigentumserwerbs, also ein Aussonderungsrecht, zu. Ist dem so, dann könne der äußerlich auf Eigentumserwerb gerichteten Willenserklärung nicht die rechtliche Wirkung des Eigentumserwerbs beigelegt werden.[775] In der Entscheidung aus 1917 hält der OGH ebenfalls den Übertragungstitel für unwirksam und folgt dabei ausdrücklich der oben besprochenen Auffassung *Klangs,* der dieses Ergebnis mit §§ 316, 1461 f ABGB und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes begründet hat.[776] Nach Ansicht des OGH ist an diesem durch das ABGB »geschaffenen Rechtszustande ... auch durch § 10 KO nichts geändert worden«.

---

773 *Pollak,* Die Entwürfe zu einer Konkurs- und Ausgleichsordnung und die Sicherungsübereignung, JBl 1914, 529 (insb 530, 533).

774 Den ersten Punkt (Publizität) hat einige Jahre später die Rechtsprechung in Anschluss an *Wellspacher* geklärt (vgl unten Abschnitt 5.); der zweite (Verwertung von Sicherungseigentum) gilt heute noch als umstritten, vgl *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1998) § 10 KO Rz 41 mwN. Nähere Diskussion bei *Burgstaller,* Das Pfandrecht in der Exekution (1988) 151 ff. *Apathy* formuliert, der Sicherungsnehmer könne die Verwertung so betreiben, als ob das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre, ein verbleibender Überschuss falle allerdings in die Insolvenzmasse; siehe *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 285 (Rz 4/24) mwN.

775 OGH 21.11.1915, Rv III 145/15; die E scheint unveröffentlicht geblieben zu sein und wird hier nach dem Referat bei *Reinold,* JBl 1916, 255 (256) zitiert. Unhaltbar ist das genannte Argument schon deshalb, weil es bei der Simulation ja darauf ankäme, dass das von den Parteien wirklich Gewollte vom Inhalt ihrer Erklärungen abweicht – und nicht von der Rechtsfolge einer gesetzlichen Regelung.

776 OGH 22.5.1917, GZ 1917, 390. Zur Auffassung *Klangs* oben in Abschnitt 2. aE. Dieser Ansatz scheint nach dem Referat *Reinolds* (FN 775) auch in der früheren E OGH 21.11.1915, Rv III 145/15 verfolgt zu werden.

Dass Sicherungsübereignungen außerhalb des Konkurses Aussonderungsrechte begründen, gehe weder aus § 10 KO noch aus der Denkschrift zur KO hervor.[777]

5. Gerade die Bezugnahmen auf § 10 Abs 3 KO in diesen Judikaten sind problematisch. *Wellspacher* hat sie wenig später auf knapp eineinhalb Druckseiten endgültig demontiert:[778] Die KO setze die Möglichkeit gültiger Sicherungsübereignungen und Sicherungszessionen voraus. Daraus folge weiter, dass »all jene Einwendungen hinfällig geworden sind, welche die Möglichkeit gültiger Sicherungsübereignungen im österreichischen Rechte ausschließen würden. Denn es wäre offenbar sinnlos, wenn die Rechtsordnung Rechtsnormen für einen Fall aufstellen wollte, der sich niemals ereignen könnte«. Zu diesen nunmehr ausgeschlossenen Einwendungen gehöre neben dem der Simulation insbesondere jene, dass die Sicherungsübereignung wegen Fehlens eines hinreichenden Titels ungültig sei. Darüber hinaus ergebe sich aus der Formulierung des § 10 Abs 3 KO (»Gläubiger, die zur Sicherung … erworben haben«) eine Anerkennung der Rechtsfolge des Erwerbsvorgangs, dass also Sicherungsübereignungen zum Erwerb des Vollrechts führen.

Im Anschluss formuliert *Wellspacher* den für die weitere Entwicklung entscheidenden Gedanken, der den bisherigen Alles-oder-Nichts-Diskurs hinter sich lässt: »Durch die Konkursordnung *nicht* ausgeschlossen sind jene Einwendungen, die sich aus dem Gesichtspunkte der Umgehung des Gesetzes ergeben. Diese Einwendungen treffen nicht die Sicherungsübereignung als solche, sondern nur gewisse Formen derselben. Hierher gehört zunächst die *Umgehung der vom Gesetze vorgeschriebenen Verpfändungsformen.«*[779] Danach sind Sicherungsübereignungen, die in Form der auch beim Pfandrecht zugelassenen körperlichen oder symbolischen Übergabe (§§ 451, 452 ABGB) vorgenommen werden, unter Publizitätsgesichtspunkten unbedenklich. Unwirksam ist hingegen – wie beim Pfand – die Sicherungsübereignung mittels **Besitzkonstitut**. Diesbezüglich liegt eine Umgehung der pfandrechtlichen Publizitätsregeln vor, da mit der Vereinbarung einer publizitätslosen Sicherungsübereignung, die im Wesentlichen dasselbe Resultat ohne Kundbarkeit erreichen will, der Zweck dieser Bestimmungen vereitelt würde.[780] Anders als in Deutschland kann, wie *Wellspacher* zutreffend bemerkt, dem Befund der Gesetzesumgehung für das österreichische Recht auch nicht entgegenstehen,

777 OGH 22.5.1917, GZ 1917, 390.
778 *Wellspacher,* GZ 1918, 49 (50 f).
779 *Wellspacher,* GZ 1918, 49 (51), Hervorhebungen im Original.
780 *Wellspacher,* GZ 1918, 49 (51 ff). Er wendet sich hier auch ausführlicher gegen die oben II.B.4.b. unter 3. bei FN 435 diskutierte und abgelehnte, in Deutschland verbreitete Auffassung, eine Umgehung sei nur bei ausdrücklichen Verbotsgesetzen möglich (worunter die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften nicht fallen sollen). Hierzu soll der Verweis auf die obigen Ausführungen genügen.

dass die Gesetzesverfasser publizitätslose Sicherungsübereignungen ausdrücklich gebilligt hätten.[781]

Die Rechtsprechung schließt sich dem an und ist binnen weniger Jahre gefestigt,[782] die Lehre pflichtet bei:[783] Die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften finden analog Anwendung. Für Österreich ist tatsächlich davon auszugehen, dass der Kodifikationsgesetzgeber das Auftreten der Sicherungsübereignung nicht vorausgesehen hat und daher eine ausfüllungsbedürftige planwidrige Lücke vorliegt.[784] Das Publizitätserfordernis gilt nicht nur für die Begründung, sondern auch für die Aufrechterhaltung des Sicherungseigentums (§ 467 ABGB analog).[785] Als Erwerbstitel fungiert, wie schon in früherer Judikatur anerkannt, die Sicherungsabrede bzw Treuhandvereinbarung.[786]

Dem österreichischen Recht gelingt damit, wenn man so will, zu einem relativ frühen Zeitpunkt ein Kunststück, das in etlichen anderen europäischen Rechtsordnungen derzeit nicht in Sicht ist: die Zulässigkeit zweier unterschiedlicher Sicherungsformen (Pfandrecht und Sicherungseigentum)[787] samt Gleichbehandlung derselben aufgrund ihrer funktionalen Äquivalenz, wo wesentliche rechtspolitische Wertungen dies erfordern (hier diskutiert anhand der pfandrechtlichen

---

781 *Wellspacher,* GZ 1918, 49 (52). Zur Ablehnung eines Vorschlags zum Verbot der Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte Protokolle III 3687 ff = *Mugdan* III 626 f und hierzu II.B.4.b. unter 3. (bei FN 445). Zu einzelnen Aspekten der Begründung dieser Entscheidung oben II.B.4.b. in den Abschnitten 2. (bei FN 430), 3. (bei FN 432), 4. (bei FN 455) und 5.

782 Beginnend mit OGH 3 Ob 923/24, SZ 7/46 (wobei man die Gründe des Erstgerichts, des Berufungsgerichts und des OGH in Ergänzung zueinander lesen muss, um *Wellspachers* Einfluss nachzuvollziehen); 3 Ob 452/26, SZ 8/200; 2 Ob 820/27, SZ 9/237; später etwa 7 Ob 12/55, SZ 28/72; 3 Ob 116/84, SZ 58/1 uva.

783 *Ehrenzweig,* System I/2² 194; *Klang* in *Klang,* ABGB II² 300 ff; *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 460; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 106 ff; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 279 (Rz 4/3), 282 ff (Rz 4/7 ff) mwN; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 451 Rz 2; *Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 427 Rz 7.

784 Gegen die bei *Klang,* Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185 (278 ff) vertretene These, der Gesetzgeber habe die Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken bewusst ausschließen wollen, bereits in Abschnitt 2. dieses Kapitels bei FN 770.

785 Zur Begründung *Hoyer,* Sind Sicherungseigentum und Pfandrecht gleich zu behandeln? JBl 1984, 543: Er sieht in § 10 Abs 3 KO die »durch … Analogie auf alle Fälle zu erweiternde Fiktion des Gesetzes …, im sachenrechtlichen und im obligatorischen Außenbereich das Sicherungseigentum (nur) als Pfandrecht anzusehen«, womit auch die analoge Anwendung des § 467 ABGB (Erlöschen durch Rückstellung) legitimiert wird. Im Ergebnis auch OGH 3 Ob 112/68, SZ 41/140; 3 Ob 126, 127/83, JBl 1984, 550.

786 Zu letzterem Aspekt bereits die referierte E OGH 8. 1. 1914, JBl 1914, 513. Vgl etwa 7 Ob 12/55, SZ 28/72; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 107 ff; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 280 (Rz 4/5) mwN.

787 Anders derzeit das niederländische und das neue ungarische Recht (letzteres mittlerweile beschränkt auf Verbrauchergeschäfte), die beide in Reaktion auf praktische Probleme zur radikalen Lösung gegriffen haben, die Sicherungsübereignung gänzlich zu verbieten; vgl unten IV.B.2. Das französische Recht hat diese Radikallösung erst mit einer Reform 2007 aufgegeben; vgl unten IV.C.3.

Publizitätsanforderungen).[788] Das **Alles-oder-Nichts-Denken** ist **überwunden,** eine an funktionalen Gesichtspunkten orientierte **Angleichung** hat eingesetzt. Die Richtung, in die sich diese funktionale Angleichung vollzogen hat, ist wiederum typisch für die Entwicklung des österreichischen Mobiliarsicherungsrechts insgesamt: Es ist auch hier das Publizitätsprinzip, das sich durchsetzt. Methodisch ist das zwingend: Nur in Gestalt der pfandrechtlichen §§ 451, 452 ABGB lag ein positivrechtlicher Anknüpfungspunkt vor, an dem sich die Lösung in Gestalt einer analogen Anwendung derselben auf die im bürgerlichen Recht ungeregelte Sicherungsübereignung orientieren konnte. Die dogmatische Stimmigkeit hat indes einen praktischen Preis: Eine Möglichkeit der dinglichen Sicherung an Fahrnis, deren Nutzung der Schuldner nicht entbehren kann, gibt es (von den Fällen des § 452 ABGB abgesehen) weiterhin nicht.

2. Weitere funktional bedingte Angleichung an das Pfandrecht

Die zur Wirksamkeit der Sicherungsübereignung unter Publizitätsgesichtspunkten begonnene Annäherung an das funktional weitgehend äquivalente Pfandrecht setzt sich in anderen Teilbereichen fort. Meine weiteren Ausführungen zur Sicherungsübereignung im geltenden österreichischen Recht werden sich auf diesen Fragenkreis beschränken.

1. Zwei der praktisch wichtigsten Fragen wurden im vorstehenden Kapitel erörtert, sodass hier ein wiederholender Hinweis genügen muss: **Begründung und Fortbestand** des Sicherungseigentums verlangt die Einhaltung der **Publizitätsvorschriften** des Pfandrechts (§§ 451, 452 ABGB). Die im Kapitel zum Pfandrecht diskutierten Probleme aufgrund dieser Publizitätsvorschriften stellen sich somit beim Sicherungseigentum entsprechend.[789] Zweitens wird die Stellung des Sicherungsnehmers in der Insolvenz des Sicherungsgebers wie beim Pfandrecht auf die eines **Absonderungsberechtigten** iSd § 48 IO beschränkt (§ 10 Abs 3 IO).[790] Die umgekehrte Frage interessiert im hiesigen Kontext des Sicherungsrechts weniger, die Lösung

---

788 Dies bekanntermaßen im Gegensatz zum deutschen Recht, das einerseits am Faustpfandprinzip festhält, andererseits die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut zulässt; ebenso das niederländische Recht vor 1992 (unten IV.C.3.a.). Rechtsformabhängige Unterschiede in Bezug auf Publizitätserfordernisse bestehen auch nach dem neuen französischen Recht in Form unterschiedlicher Registersysteme (siehe einerseits IV.C.2.e. zum neuen allgemeinen Fahrnispfandrecht im Code civil nach der Reform 2006 und andererseits IV.C.3.c.(ii.) zum Registersystem für die neue Sicherungstreuhand).

789 Es darf auf die Ausführungen in Kapitel III.A. verwiesen werden.

790 Zum historischen Kontext kurz oben III.B.1. unter 4. Vgl im Übrigen etwa *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert,* Insolvenzgesetze § 10 KO Rz 40 f; *Apathy* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht I^{4} (2000) § 10 KO Rz 21 ff; *Burgstaller,* Pfandrecht 150 ff, jeweils mwN.

der hA zeugt aber ebenfalls von einem funktionalen Zugang: In der Insolvenz des Sicherungsnehmers kommt dem Sicherungsgeber, Tilgung der Schuld vorausgesetzt, ein Aussonderungsrecht (§ 44 IO) zu, obwohl formal das Eigentumsrecht treuhändisch an den Sicherungsnehmer übertragen worden ist. Entsprechendes gilt im Fall der Einzelzwangsvollstreckung durch Gläubiger des Sicherungsnehmers; dem Sicherungsgeber steht das Drittwiderspruchsrecht des § 37 EO (Exszindierungsklage) zu.[791]

2. Ein weiteres Zeugnis funktionaler Herangehensweise aus dem Verwertungskontext liefert schon früh das in § 1371 ABGB für das Pfandrecht normierte **Verbot der Verfallsklausel.** Es wird von der ganz hA auf das Sicherungseigentum analog angewendet mit der Rechtsfolge, dass der Sicherungsnehmer zur Herausgabe eines etwaigen Überschusses verpflichtet ist, die Wirksamkeit des restlichen Vertrags jedoch unberührt bleibt.[792] Die Lösung liegt nahe, ist allerdings im internationalen Vergleich alles andere als selbstverständlich: Besonders im französischen Recht fungierte ein angenommener Verstoß gegen das Verbot der *lex commissoria* lange Zeit als ein wesentliches Argument dafür, (typischerweise aus Deutschland oder den Niederlanden »importiertem«) Sicherungseigentum jegliche Wirksamkeit abzusprechen.[793]

3. Die funktional motivierte Annäherung an pfandrechtliche Grundsätze setzt sich darüber hinaus in Bereiche fort, die man teilweise wieder dem Rückgriff auf gesetzliche Grundwertungen, teilweise der (ergänzenden) Vertragsauslegung zurechnen kann. Das zeigt sich besonders im Bereich der **Akzessorietät.** Gesetzlich vorgegeben ist eine solche bei der – im Zivilrecht ja überhaupt völlig ungeregelten – Sicherungsübereignung in Gegensatz zum Pfandrecht ja nicht. Ist jedoch die gesicherte Forderung von Anfang an nicht wirksam, wird auch die Sicherungsabrede für unwirksam erachtet,[794] was infolge des Titelerfordernisses unmittelbar auf das Sicherungseigentum durchschlägt. Im Fall der erfolgreichen Rückführung der gesicherten Forderung würde das sicherungsweise an den Gläubiger übertragene Eigentum rein konstruktiv bis zur rechtsgeschäftlichen Rückübertragung, zu welcher der Gläubiger nach dem Vertrag (allenfalls im Auslegungswege) natürlich

791 Zu diesen Aspekten vgl bloß *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 301 (Rz 4/35 f).
792 So schon *Wellspacher,* GZ 1918, 49 (53 f); vgl ferner zB *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 298 f (Rz 4/30); *Welser/Kletečka,* Grundriss I¹⁵ 454 (1305); *W. Faber* in *Schwimann/Kodek,* ABGB VI⁴ §§ 1371, 1372 Rz 2; *Rassi* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1371 Rz 9, alle mwN.
793 Dazu unten IV.C.3.a.
794 Vgl bloß *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 288 (Rz 4/16); näher *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 113 ff unter Rückgriff auf besonders in § 878 ABGB zum Ausdruck kommende gesetzliche Wertungen zur Unerreichbarkeit des charakteristischen Geschäftszwecks (hier des Zwecks der Forderungssicherung).

verpflichtet ist, beim Gläubiger verbleiben. Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung (der vollständigen Zahlung) ist allerdings möglich. Verbreitet wird nun davon ausgegangen, dass eine derartige Bedingung im Zweifel als vereinbart angenommen werden darf. Damit kommt es auch in diesem Punkt zu einer der funktionalen Äquivalenz der Sicherungsinstrumente entsprechenden Annäherung an das akzessorische Pfandrecht (§ 469 Satz 1 ABGB). *Frotz* hat für dieses Ergebnis auch auf einen interessengerechten Abbau des Überschusses an Rechtsmacht des Sicherungsnehmers (Treuhänders) hingewiesen: Die Vereinbarung eines »automatischen« Rückerwerbs mit Zahlung könnte dem Sicherungsgeber ein Anwartschaftsrecht verschaffen, das er im Grundsatz als selbständigen Vermögenswert abermals zur Kreditsicherung verwenden kann (dazu sogleich). Dieses könnte dem Sicherungsgeber zudem weitgehenden Schutz gegen pflichtwidrige Verfügungen durch den Sicherungsnehmer während der Schwebezeit verschaffen, sofern der Bedingungseintritt durch Zahlung herbeigeführt wird.[795] Allgemeine Akzeptanz haben diese zuletzt referierten Wirkungen aus dem von *Frotz* vorgeschlagenen Anwartschaftsrecht bislang allerdings nicht erfahren.

4. Eine völlige Gleichstellung mit dem Pfandrecht wird allerdings nicht angenommen. Das zeigt sich insbesondere bei der Frage der **Mehrfachbesicherung.** Die zeitlich parallele Begründung mehrfacher Sicherungseigentumsrechte an derselben Sache scheidet konstruktiv aus.[796] Das Vollrecht kann, von Miteigentum abgesehen, jeweils nur einer Person zustehen. *Frotz* hat allerdings den bereits erwähnten Vorschlag unterbreitet, im Fall einer auflösend bedingten Sicherungsübereignung von einem – im Moment der Übereignung an den Gläubiger entstehenden – Anwartschaftsrecht des Sicherungsgebers auszugehen, das mit vollständiger Tilgung der besicherten Forderung in unbeschränktes Eigentum erstarkt. Dieses Anwartschaftsrecht, vergleichbar mit jenem des Vorbehaltskäufers, könnte dann einem zweiten Gläubiger sicherungsweise (zB durch Besitzanweisung an den ersten) übertragen werden. Eine solche Position wäre in ihrer

795 Siehe *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 116 f mit FN 189 sowie allgemein 125 f; ferner etwa *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 297 f (Rz 4/29) mwN; aus jüngerer Zeit insbesondere *Holzner,* Zur auflösend bedingten oder befristeten Übereignung beweglicher Sachen, in FS Kerschner (2013) 281 (283 ff). AA zum automatischen Eigentumsrückfall und Schutz vor Zwischenverfügungen *Umlauft,* Die Treuhandschaft aus zivilrechtlicher Sicht, in *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandschaft (1995) 18 (29, 65 f), der Zweifel anmeldet, ob ein solcher mit dem Titel- und Modus-Erfordernis des ABGB in Einklang stehen könne. Antikritisch *Apathy* aaO mit Hinweis auf die Möglichkeit des antizipierten Besitzkonstituts. – Zum Konzept eines Anwartschaftsrechts des Sicherungsgebers auf Rückerwerb des Sicherungsguts (zum deutschen Recht) im Übrigen *N. Reich,* Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung, AcP 169 (1969) 246 (insb 258 ff); zur Nutzung desselben zu Sicherungszwecken eingehend *Derleder,* Sicherungsübereignung und Wertausschöpfung, BB 1969, 725.

796 Vgl bloß *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 257 (Rz 14/12).

Funktion mit jener eines zweitrangigen Pfandgläubigers vergleichbar, wenngleich niemals zeitgleich gleichartige Rechtspositionen vorlägen: Wenn die erste Forderung gedeckt ist, ist dem Zweiten ein dingliches Sicherungsrecht entstanden. Insoweit löst sich auch die »Rangfrage« nach dem Grundsatz zeitlicher Priorität. Dem Anwartschaftsberechtigten billigt *Frotz* im Konkurs des Sicherungsgebers ebenfalls ein Absonderungsrecht zu; ferner die Exszindierungsklage nach § 37 EO gegen Zwangsvollstreckung Dritter; sowie das Recht, gemäß § 1423 Satz 2 ABGB jederzeit die Einlösung der ersten gesicherten Forderung vorzunehmen. Auf diese Weise hätte der »zweitgesicherte« Gläubiger jederzeit Zugriff auf den »freien« Wert der Sache. Allerdings resümiert *Frotz* selbst, die »Kompliziertheit der Konstruktion und die dabei zu überwindenden rechtsdogmatischen Klippen« würden »keine besondere Empfehlung« für diesen Weg darstellen.[797] Dass die Konstruktion in Österreich jemals praktische Relevanz erlangt hätte, ist mir nicht bekannt.

5. Und auch in einem weiteren Aspekt ist eine Gleichstellung mit dem Pfandrecht von der hA bis heute nicht anerkannt. Dabei handelt es sich ausgerechnet um jenen Aspekt, der in den Frühzeiten der (ursprünglich noch publizitätslos zugelassenen) Sicherungsübereignung auch in Österreich offenbar die meisten praktischen Probleme hervorgerufen hat: die Rechtsposition des Sicherungsnehmers bei **Einzelzwangsvollstreckung** seitens eines dritten Gläubigers in die sicherungsübereignete Sache. Anders als im Insolvenzverfahren, wo dem Sicherungsgläubiger gemäß § 10 Abs 3 IO lediglich die Stellung eines Absonderungsgläubigers zukommt, wird er bei der Einzelexekution nach hM tatsächlich wie ein Eigentümer behandelt. Ihm wird demgemäß die Drittwiderspruchsklage nach § 37 EO zugestanden.[798] Damit wird jeglicher Zugriff auf die Sache im Wege der Einzelzwangsvollstreckung vereitelt; auch dann, wenn die Höhe der gesicherten Forderung weit unter dem Wert des Sicherungsobjekts liegen sollte; auch dann, wenn der Gläubiger eine Verwertung der Sache gar nicht ernsthaft in Erwägung ziehen sollte. Verständlicherweise war in den wirtschaftlich schwierigen Zeiten zu Anfang des 20. Jahrhunderts der Anreiz hoch, die Sicherungsübereignung primär oder auch dazu zu nutzen, die Sicherungsobjekte dem exekutiven Zugriff dritter Gläubiger zu entziehen und dem Schuldner deren Gebrauch zu erhalten.[799]

---

797 *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 125 f.

798 Vgl etwa OGH 3 Ob 71, 72/71, EvBl 1972/37; 3 Ob 32/81, SZ 54/89 (zur Sicherungsabtretung, unter ausdrücklicher Ablehnung der sogleich im Text referierten Gegenansicht); *E. Walter,* Die Treuhand im Exekutions- und Insolvenzverfahren (1998) 128 ff; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 294 ff (Rz 4/27); *Jakusch* in *Angst/Oberhammer* (Hrsg), EO[3] § 37 Rz 18, jeweils mwN; aus jüngerer Zeit auch *Holzner* in FS Kerschner 281 (294).

799 Siehe bereits oben III.B.1. unter 2. nach FN 755.

Demgegenüber fordert ein nicht unbeträchtlicher Teil der Lehre auch in Hinblick auf die Einzelexekution eine Angleichung an das Pfandrecht ein: Der Sicherungsnehmer soll die Zwangsvollstreckung des Dritten nicht vollends verhindern, sondern – dem Sicherungscharakter seiner Berechtigung entsprechend – lediglich die vorrangige Befriedigung seines eigenen Anspruchs sichern können. Demnach wird ihm von den Vertretern dieser Ansicht nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 258 EO) zugestanden.[800]

In der Rechtsprechung hat sich diese zweitgenannte, dem legitimen – auf den Sicherungszweck beschränkten – Interesse des Gläubigers im Grundsatz vollauf genügende und Missbrauchsrisiken potentiell erheblich reduzierende Ansicht nicht durchgesetzt.[801] Allerdings hat sich für das österreichische Recht die Problematik mit der Anerkennung der pfandrechtlichen Publizitätserfordernisse als Wirksamkeitsvoraussetzungen des Sicherungseigentums praktisch erheblich entschärft. Das Missbrauchsthema, das den Diskurs zur Sicherungsübereignung früher fast dominiert hat, spielt heute keine nennenswerte Rolle mehr. Denn der Anreiz zum Missbrauch ist weitgehend verschwunden: Der Schuldner muss zur Begründung des Sicherungsrechts die Sicherungsgüter idR ohnehin aus der Hand geben.

6. Dennoch: Insgesamt lässt sich feststellen, dass das österreichische Recht eine **Annäherung** des Sicherungseigentums **an das Pfandrecht in relativ weitem Umfang vollzogen** hat. Das gilt insbesondere dort, wo Interessen Dritter unmittelbar betroffen sind: Für spätere Erwerber dinglicher Rechte am Sicherungsgut entscheiden die analog anzuwendenden pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften. Ungesicherter Drittgläubiger ist im Insolvenzfall durch die Beschränkung auf ein Absonderungsrecht gedacht. Allein im strittig gebliebenen Punkt der Wirkung in der Einzelexekution hat sich der formale gegenüber dem funktionalen Zugang bisher behauptet.

C. Sicherungszession

Das nun folgende Kapitel befasst sich mit der Kreditsicherung durch Forderungen. Hierfür kommen traditionell zwei rechtliche Formen in Betracht, nämlich neben der Verpfändung der Forderung deren sicherungsweise Abtretung (Zession); somit neben der Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts eine

---

800 In diesem Sinne *Klang* in *Klang,* ABGB II² 305; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 123 ff; *Hoyer,* JBl 1984, 543; *Spielbüchler* in *Rummel,* ABGB I³ §§ 357–360 Rz 3; *Welser/Kletečka,* Grundriss I¹⁵ 453 (Rz 1300); *Burgstaller,* Pfandrecht 157 f; vgl teilweise auch *Winner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 358 Rz 10.

801 Vgl oben FN 798.

Sicherung mittels Vollrechtsübertragung. In der Praxis hat die Sicherungszession die Forderungsverpfändung weitestgehend verdrängt. Es wird hier daher nur das erstgenannte Instrument, die Sicherungszession,[802] erörtert.

Diese Erörterung wird sich zudem auf einige ausgewählte Aspekte beschränken.[803] Herausgegriffen werden vor allem solche, bei denen sich bei einer – später zu diskutierenden – möglichen Weiterentwicklung des österreichischen Rechts nach internationalen Vorbildern Änderungen ergeben könnten. Dies betrifft vor allem Fragen der Publizität und solche der Abtretung künftiger Forderungen bzw daraus sich ergebende Folgefragen. Einige Aspekte der historischen Entwicklung der Sicherungszession in Österreich sind bereits im rechtshistorischen Teil dieser Arbeit angesprochen worden,[804] worauf an dieser Stelle verwiesen werden darf.

1. Publizität

Wie bei der oben besprochenen Sicherungsübereignung ist seit langem anerkannt, dass auch für die sicherungsweise Abtretung von Forderungen die Publizitätsvorschriften des Pfandrechts analog heranzuziehen sind. Mangels eigener Bestimmungen für Forderungsrechte muss auf die allgemeinen Vorschriften zur »Übergabe durch Zeichen« (§ 452 iVm § 427 ABGB) zurückgegriffen werden. Daraus ergibt sich zunächst, dass in Wertpapieren verbriefte Forderungen durch Übergabe des Papiers verpfändet bzw zur Sicherheit übertragen werden müssen.[805] Für das – hier allein interessierende – verbleibende Spektrum und damit für die klare Mehrheit der Fälle macht das Gesetz keine unmittelbaren Vorgaben. Es gilt die allgemeine Regel, dass man sich eines Zeichens zu bedienen hat, »woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann« (§ 452 ABGB).

Spätestens seit dem Plenarbeschluss des OGH vom 15.1.1929 ist geklärt, dass als Publizitätsakte im Sinne dieser Bestimmung die Verständigung des Dritt-

---

802 Darunter können je nach Ausgestaltung auch (»unechte«) Factoringvereinbarungen fallen. Soweit dies der Fall ist, sind diese im Folgenden mit gemeint. Zusammenfassung verschiedener Factoringkategorien etwa bei *Beig,* Die Zession künftiger Forderungen (2008) 28 ff.

803 Das Recht der Sicherungszession hat im Übrigen in jüngerer Zeit breite literarische Beachtung erfahren, was an dieser Stelle eine Beschränkung auf ausgewählte Fragen umso besser vertretbar macht. Siehe etwa die umfassenden Darstellungen von *Kaller,* Sicherungszession (FN 482); *Wiesinger,* Kreditsicherung durch Forderungsabtretung (2010); *Beig,* Zession (vorige FN); *Zehetner,* Zessionsrecht (2007); *Apathy,* Die Sicherungszession, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX² (2012) 303 (Rz 5/1 ff); *Apathy,* Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im österreichischen Recht, in *Hadding/Schneider* (Hrsg), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen (1999) 507. Aus der etwas älteren Literatur insbesondere *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 225 ff (zum Pfandrecht an Rechten und zur Sicherungszession); *Strasser/Grillberger,* Probleme des Zessionskredites (1976) 13 ff.

804 Oben II.B.5. Zu diesem Bereich insbesondere *Kaller,* Sicherungszession 34 ff.

805 § 427 ABGB spricht von der Übergabe von »Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird«.

schuldners und – bei Buchforderungen – die Eintragung eines Zessionsvermerks in den Geschäftsbüchern des Zedenten (Sicherungsgebers) in Betracht kommen.[806]

a. *Publizitätsakte: Drittschuldnerverständigung und Buchvermerk*

1. Der »klassische« Akt der Kundbarmachung besteht auch im österreichischen Recht in der **Verständigung des Drittschuldners** *(debitor cessus)* von der Abtretung der gegen ihn bestehenden Forderung. Damit wird der Forderungsschuldner zur »Informationsquelle« für dritte Gläubiger des Sicherungsgebers; erst hierin – und nicht schon im Verständigungsakt – liegt der eigentliche publizitätsrelevante Aspekt. Ob die Drittschuldnerverständigung durch den Zedenten (Sicherungsgeber) oder Zessionar (Sicherungsnehmer) erfolgt, ist für diesen Zweck ohne Belang.[807]

Trotz zwischenzeitig anklingenden Zweifels[808] hält die Rechtsprechung daran fest, dass die Drittschuldnerverständigung für die Wirksamkeit der Sicherungszession auch dann genügt, wenn es sich bei der abgetretenen Forderung um eine Buchforderung handelt. Es besteht mithin freie Wahl zwischen diesen beiden Publizitätsformen.[809] Im Fall der Abtretung einer künftigen Forderung kann die Vornahme einer »Vorausverständigung« des künftigen Schuldners genügen. Dabei muss natürlich zum einen gewährleistet sein, dass der Verständigungsadressat Klarheit darüber erhält, auf welche künftig erst entstehenden Forderungen sich die Abtretungsverständigung beziehen soll; das kann insbesondere bei Verständigung von einer Globalabtretung der Fall sein, da dann schlicht alle Forderungen

806 OGH Präs 547, 907/28, SZ 11/15. Der OGH hält in diesem Gutachten ausdrücklich fest, dass die Bezugnahme auf Buchvermerk und Drittschuldnerverständigung keinen ausschließlichen Charakter hat, »weil sich gar nicht voraussehen läßt, welche neuen Formen … der Verkehr sich in Zukunft schaffen mag«.

807 Vgl zu den hier angesprochenen Aspekten etwa *Spitzer,* Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, JBl 2005, 695; *ders,* Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung, ÖBA 2005, 885 (887 ff); *Karollus,* Aktuelle Probleme der Sicherungszession, ÖBA 1999, 327 (333 f); *Wolkerstorfer,* Zur Publizität bei der Verpfändung von Forderungen, JBl 2011, 225, 288 (291 f); *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 34 ff; *Kaller,* Sicherungszession 153 ff, 161 ff; *Wiesinger,* Kreditsicherung 46 ff; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 324 ff (Rz 5/24 ff); ferner *Kodek,* Die Abtretung künftiger Forderungen, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2008 (2009) 31 (38 ff); *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang[3] (2011) § 1392 Rz 67 ff. Zum Normzweck des »wissenden« Drittschuldners als verlässliche Auskunftsquelle jüngst auch OGH 9 Ob 9/18s, JBl 2019, 323; 17 Ob 9/20b, ÖBA 2021, 206 (hier auch zu Anforderungen an die Deutlichkeit der Verständigung: Situierung in kleingedrucktem Brieffuß genügt nicht).

808 Tauglichkeit der Drittschuldnerverständigung als Modus bei Abtretung einer Buchforderung als »überaus fraglich« bezeichnet in OGH 5 Ob 2155/96i, ÖBA 1998, 392 *(Karollus).*

809 OGH 6 Ob 116/05k, ÖBA 2007, 735 *(Riedler);* 10 Ob 29/07y, ÖBA 2008, 56 *(König); Spitzer,* Konkursfestigkeit und Publizität der Sicherungszession, Zak 2007, 47; zusammenfassend *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 325 ff (Rz 5/25 f); *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 1392 Rz 43 ff; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 452 Rz 10 f mit Kritik in Rz 12: Buchvermerk einzig tauglicher Publizitätsakt bei Buchforderungen.

gegen diesen Schuldner erfasst sind. Daneben fragt sich, wer zu verständigen ist. Einzelheiten sind bis dato relativ weitgehend offen: Der OGH hat die Vorausverständigung zumindest für den Fall als tauglichen Modus anerkannt, »dass es sich um solche [scil: Forderungen] aus einer eindeutig identifizierten Geschäftsbeziehung gegen einen bereits individualisierten Geschäftspartner handelt (wie etwa bei Mietzinsforderungen aus einem schon abgeschlossenen Mietvertrag)«.[810] In einem anderen Fall wird angemerkt, eine Vorausverständigung an mögliche künftige Drittschuldner könne nur dann erfolgen, wenn diese als potentielle künftige Geschäftspartner in Frage kommen.[811] Das Schrifttum ist tendenziell zurückhaltend. *König* etwa sieht jedenfalls laufend als Kunden auftretende Geschäftspartner als taugliche Adressaten an.[812]

2. Praktisch weitaus bedeutender ist der alternativ zugelassene **Buchvermerk.** Als Informationsquelle für interessierte Dritte fungieren hier die – typischerweise mittels EDV-Buchhaltung geführten – Geschäftsbücher des Sicherungsgebers (Zedenten). Gegenüber der Verständigung des Drittschuldners hat dies für die Vertragsparteien eine Reihe von Vorteilen; insbesondere jenen, dass der Drittschuldner von der Abtretung gerade nicht erfährt und damit herkömmlicherweise befürchtete geschäfts- bzw rufschädigende Effekte vermieden werden. Das Setzen eines Buchvermerks ist zudem idR erheblich praktikabler und nicht selten faktisch im Wesentlichen alternativlos.

Zu diesem Bereich liegt seit Ende der 1990er-Jahre reiche Judikatur und Literatur vor, welche erschöpfend zu verarbeiten hier weder möglich noch sinnvoll ist. Es genügt, einige Streitpunkte kurz zu benennen und den aktuellen Stand der Rechtsprechung zu Platzierung und Inhalt solcher Buchvermerke zusammenzufassen. Ein bloßer Hinweis soll beispielsweise hinsichtlich der umstrittenen Frage genügen, ob der Buchvermerk nur dann als Publizitätserfordernis infrage kommt, wenn der Zedent nach unternehmens- bzw abgabenrechtlichen Bestimmungen (§§ 189 ff UGB, §§ 124 ff BAO) buchführungspflichtig ist,[813] oder ob vielmehr faktische Buchführung entscheidend ist.[814] Hier geht es letztlich vor allem um die

810 OGH 10 Ob 29/07y, ÖBA 2008, 56 *(König);* vgl auch schon OGH 1 Ob 406/97f, SZ 71/154.

811 OGH 6 Ob 319/01g, RdW 2003, 194.

812 Keinesfalls werde aber »eine ›Postwurfsendung‹ *to whom it may concern«* den Zweck des Publizitätserfordernisses erfüllen; vgl *König,* Anmerkung zu OGH 10 Ob 29/07y, ÖBA 2008, 56 (60). Zurückhaltend ferner *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 321 f (Rz 5/20); *Spitzer,* Zak 2007, 47 (48); zumindest keine Sicherungsglobalzession durch Vorausverständigung zulassend *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1392 Rz 70 ff. Näher zum Fragenkreis *Kaller,* Sicherungszession 165 ff; siehe auch *Wiesinger,* Kreditsicherung 44 ff.

813 In diesem Sinne OGH 1 Ob 406/87f, SZ 71/154; ausführlich *Kaller,* Sicherungszession 82 ff; vgl auch *Karollus,* ÖBA 1999, 327 (331 f).

814 Für Möglichkeit der Abtretung mittels Buchvermerk auch bei bloß freiwilliger Buchführung namentlich *Riedler,* Gedankensplitter zur aktuellen Judikatur rund um Sicherungszessionen, ÖBA

Frage, wann der Verkehr damit rechnen muss, dass das Ausscheiden von Forderungen aus dem Haftungssubstrat des Schuldners mittels Buchvermerk kundbar gemacht sein könnte.

Der Abtretungsvermerk ist nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung sowohl auf dem jeweiligen Debitorenkonto als auch in der regelmäßig vorhandenen Offene-Posten-Liste anzubringen.[815] Im Fall der – in der Bankenpraxis dominierenden – Globalzession gegenwärtiger und künftiger Forderungen ist ein Generalvermerk in der OP-Liste zu setzen; auch auf den jeweiligen Debitorenkonten, soweit bereits vorhanden, wird dann ein Generalvermerk genügen.[816] Inhaltlich müssen sich dem Zessionsvermerk nach gegenwärtigem Stand der Judikatur folgende Informationen entnehmen lassen:[817]

1. die Tatsache der **Zession** (nicht unbedingt: der Sicherungscharakter der Zession),
2. der **Zessionar** (Sicherungsnehmer) und
3. die von der Zession **erfassten Forderungen** (gegebenenfalls in Form des erwähnten Generalvermerks).

Ob die zweitgenannte Voraussetzung (Person des Zessionars) im Licht des Publizitätszwecks tatsächlich geboten erscheint, ist mE mit Recht in Zweifel gezogen worden;[818] muss es doch nach § 452 ABGB grundsätzlich ausreichen, Dritten

---

2000, 583 (586 f); *ders,* »Babylonische« Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungszession? ÖBA 2003, 415 (421 f); *Lurger,* Die Zession im sachenrechtlichen System des ABGB, in FS Welser 639 (642); *Wolkerstorfer,* JBl 2011, 225 (229); ausführlich *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 29 ff. Vgl auch *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1392 Rz 39.

815 Vgl etwa OGH 5 Ob 2155/96i, ÖBA 1998, 392 *(Karollus);* 1 Ob 290/00d, SZ 74/112; 3 Ob 155/10f, JBl 2011, 508 *(Wiesinger);* 17 Ob 9/20b, ÖBA 2021, 206; näher zB *Kaller,* Sicherungszession 101 ff; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 3029 f (Rz 5/29); *Wiesinger,* Kreditsicherung 58 f; *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 28 f; *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 452 Rz 13 (sofern OP-Listen geführt werden); *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1392 Rz 77 ff.

816 Grundlegend zur Tauglichkeit des Generalvermerks in der OP-Liste OGH 5 Ob 2155/96i, ÖBA 1998, 392 *(Karollus);* ferner etwa OGH 6 Ob 174/00g, ÖBA 2001, 910 *(Karollus);* 8 Ob 194/01i, SZ 2002/25. Eingehend zum Ganzen *Kaller,* Sicherungszession 122 ff; *Bollenberger,* Sicherungszession durch Buchvermerk und künftige Forderungen, in FS Iro (2013) 289 (291 ff); *Widhalm-Budak,* Sicherungszession und Insolvenz, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2013 (2014) 149 (153 f); *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1392 Rz 107 f; vgl auch *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 331 f (Rz 5/32) uva.

817 Reiche Nw bei *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1381 f); siehe auch *Wolkerstorfer,* Pfandrecht 48 f; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 330 f (Rz 5/30 ff); *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1392 Rz 80 ff. Die Rsp hatte vorübergehend zusätzliche Informationen verlangt, vgl bei FN 820–821.

818 Vgl *Fitz,* Globalzession als Kreditsicherung im österreichischen Recht, ÖJZ 1973, 595 (598); *Zepke,* Buchvermerk für künftige Forderungen, ZIK 1999, 16 (18); *Kabaja,* EDV-Buchvermerk und Sicherungszession, ecolex 2001, 734 (735); vgl nun auch *Spitzer,* Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht – Eigentumsvorbehalt, Hypotheken, Sicherungszession, ÖBA 2014, 172 (177); *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 452 Rz 14. Zur Frage ferner *Kaller,*

erkennbar zu machen, *dass* die Forderung als Haftungsobjekt für deren eigene Ansprüche nicht zur Verfügung steht. Wem sie infolge der Abtretung zusteht, ist diesbezüglich irrelevant. Ein weitergehender Zweck, etwa dass der Sicherungsnehmer dem interessierten Dritten als verlässliche Auskunftsquelle für nähere Informationen welcher Art auch immer zur Verfügung stehen sollte,[819] in welchem Fall dem Dritten natürlich Name und zweckmäßigerweise Kontaktdaten des Sicherungsnehmers bekannt werden müssten, kommt dem »System Buchvermerk« nach österreichischem Recht nicht zu.

Entgegen früherer Judikatur erachtet es der OGH nunmehr **nicht** mehr für erforderlich, dass auch das **Datum des Zessionsvermerks** (als Publizitätsakt zugleich das Datum des Entstehens des Sicherungsrechts) aus dem Buchvermerk hervorgeht. Zur Begründung wird – ganz im Sinne des im vorstehenden Absatz vertretenen Standpunkts zur Person des Zessionars – ausgeführt, das Informationsinteresse des interessierten Dritten gehe über die Tatsache, dass eine Forderung abgetreten (oder verpfändet) wurde, nicht hinaus. Beweisschwierigkeiten unter Prioritätsaspekten würden die Datumsangabe als Publizitätserfordernis nicht rechtfertigen.[820] Dies erhellt einen im internationalen Vergleich ebenfalls wichtigen Aspekt des österreichischen Systems der Publizität durch Buchvermerk: Die eindeutige Lösung von Prioritätskonflikten zählt nicht zu seinen genuinen Zwecken. Das bedeutet allerdings nicht notwendig, dass dieser Zweck von dem tatsächlich praktizierten System nicht faktisch mit erfüllt werden könnte: Die Datierung der Setzung des Buchvermerks wird vom OGH ausdrücklich als zweckmäßig empfohlen, um das Datum des Rechtsübergangs beweisen zu können. Wird dies befolgt, vermag das Buchvermerk-System auch zur Klärung von Prioritätskonflikten beizutragen. Entschärft ist das Problem natürlich insofern, als aufgrund der typischerweise vorgenommenen Vollrechtsübertragung eine nachrangige Besicherung (wie sie bei der Sicherung durch Pfandrecht möglich wäre) idR ohnehin nicht ins Auge gefasst wird, abgesehen möglicherweise von Umschuldungsszenarien, bei denen die Prioritätsfrage aber ohnehin kaum Anlass zu Zweifeln geben wird. Bei irrtümlich oder fraudulös vorgenommenen Doppelzessionen (zB bei Kollision mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt bzw wenn eine der Abtretungen durch Drittschuldnerverständigung vorgenommen wird) erlangt der Zeitpunkt des erfolgten Rechtsübergangs aber jedenfalls Bedeutung.

Sicherungszession 130 ff. – Praktische Probleme haben sich in diesem Punkt soweit ersichtlich bisher allerdings nicht ergeben.

819 So nach IX.–3:319 ff DCFR und ähnlich, allerdings in Form von Auskunftserteilung über Nachfrage des Schuldners (der Informationen dann an den Drittinteressenten weitergibt), § 9-210 UCC.

820 OGH 3 Ob 155/10f, JBl 2011, 508 *(Wiesinger);* idS bereits *Wiesinger,* Kreditsicherung 60; *Kabaja,* ecolex 2001, 734 (735); zustimmend *Welser/Kletečka,* Grundriss I[15] 423 (Rz 1203); *Spitzer,* ÖBA 2014, 172 (177). Anders zuvor OGH Präs 547, 907/28, SZ 11/15; vgl auch OGH 5 Ob 2155/96i, ÖBA 1998, 392 *(Karollus).*

Richtigerweise nicht mehr für erforderlich hält der OGH ferner, dass der Buchvermerk das Datum des Zessionsvertrags enthalten müsse.[821] Das Datum des Vertragsschlusses ist sowohl unter Publizitäts- wie auch unter Prioritätsaspekten belanglos. Zuletzt wurde ausgesprochen, dass die bloße **Möglichkeit einer nachträglichen Veränderung** eines Zessionsvermerks in der konkreten EDV-Buchhaltung unter Löschung der ursprünglichen Daten nicht zur Unwirksamkeit der Sicherungszession führt. Eine tatsächlich durchgeführte Veränderung kann die Wirksamkeit des Publizitätsakts allerdings mit Wirkung ex nunc beseitigen, wenn dieser den notwendigen Voraussetzungen nicht mehr genügt; bei gänzlicher Entfernung des Buchvermerks erlischt die Sicherheit.[822]

b. *Kritik*

Rekapituliert man die zuvor referierten Publizitätsvoraussetzungen für die Begründung dinglicher Sicherungsrechte an Forderungen im Vergleich zu jenen für die Verpfändung oder Sicherungsübereignung von Fahrnis, so lautet ein sehr positiver Befund zunächst: Der Rückgriff auf Forderungen zu Kreditsicherungszwecken ist im Allgemeinen ohne weiteres möglich. Den Problemen im Fahrnisrecht vergleichbare Schwierigkeiten, dass nämlich aufgrund des Faustpfandgrundsatzes bzw der Enge und Unsicherheit der alternativen Verpfändung durch Zeichen bewegliche körperliche Sachen als Kreditgrundlage weitgehend nicht genutzt werden können, stellen sich bei der Besicherung durch Forderungen nicht. Die 2005 eingeführte Bestimmung des § 1396a ABGB, der zufolge vertraglich begründete Zessionsverbote in Bezug auf Geldforderungen zwischen Unternehmern aus unternehmerischen Geschäften keine absolute Wirkung entfalten, erleichtert die Kreditsicherung durch Forderungen im Vergleich zur vormaligen Rechtslage zudem erheblich.

Gleichwohl wird Kritik auf verschiedenen Ebenen laut. Aus Bankenkreisen etwa wird auf einen »augenfälligen Wettbewerbsnachteil der österreichischen Wirtschaft« im Vergleich zu Deutschland hingewiesen,[823] wo die Sicherungszession keinerlei Publizitätsakt verlangt. Damit sind insbesondere erhöhte **Transaktionskosten** angesprochen. Die hauptsächlichen Kritikpunkte beziehen sich allerdings unmittelbar auf Aspekte der **Publizität** – hinsichtlich derer zwischenzeitig zT eine zunehmende Verschärfung konstatiert worden ist[824] – bzw damit in Zusammenhang stehende Folgeprobleme.

821 Siehe OGH 1 Ob 66/05w, ÖBA 2006, 457 *(Riedler);* 3 Ob 155/10f, JBl 2011, 508 *(Wiesinger).* Anders noch OGH 6 Ob 174/00g, ÖBA 2001, 910 (krit *Karollus).*

822 Siehe abermals OGH 3 Ob 155/10f, JBl 2011, 508 *(Wiesinger).* Zustimmend etwa *Spitzer,* JBl 2014, 556 (565 f).

823 *Teloni,* Buchvermerk und Zessionsprüfung in der Bankpraxis, ÖBA 1999, 335 (335).

824 In diesem Sinne namentlich *Lurger* in FS Welser 639 (648, 650 ff). Sie bezieht sich bei diesem Befund allerdings teilweise auf Anforderungen, die in der nachfolgenden Rsp wieder zurück-

(i.) Probleme der Drittschuldnerverständigung

1. Die Idee der Drittschuldnerverständigung als Publizitätsinstrument beruht darauf, dass mit dem Drittschuldner, dem der Gläubigerwechsel bekannt geworden ist, eine – was die Tatsache der Besicherung angeht – neutrale Person als Informationsquelle für interessierte Dritte[825] zur Verfügung steht. Das hilft dem Dritten allerdings solange nicht, als ihm diese **Auskunftsquelle unbekannt** ist. Auch wenn sie bekannt sein sollte, ist damit noch nicht notwendig gesagt, dass der Drittschuldner auch **zur Auskunft bereit** ist. Er kann sich seinem Gläubiger gegenüber aus rechtlichen Gründen zur Verschwiegenheit verpflichtet sehen und/oder selbst keinen besonderen Antrieb verspüren, irgendwelchen Dritten Auskunft über seine eigenen Verbindlichkeiten zu geben. Eine allgemeine Verpflichtung zur Auskunftserteilung Dritten gegenüber trifft den Drittschuldner ja nicht.[826]

Die diesbezüglich in Betracht kommenden Sachverhaltskonstellationen sind höchst unterschiedlich, allgemeingültige Aussagen und Bewertungen daher schwer zu treffen. Die Ermittlung der Auskunftsquelle macht jedenfalls dann keine Schwierigkeiten, wenn der Sicherungsgeber gegenüber seinem potentiellen künftigen Gläubiger positiv behauptet, ihm stünden gegenüber einem bestimmten Schuldner eine oder mehrere offene Forderungen zu. Man braucht dann dort nur noch nachzufragen, ob diese Forderungen tatsächlich bestehen bzw ob etwa eine Abtretung oder Verpfändung zugunsten eines anderen Gläubigers bereits erfolgt ist. Vorausgesetzt, der Drittschuldner ist zur Auskunftserteilung bereit bzw kann durch Aufforderung seitens seines Gläubigers hierzu bewogen werden, hat die Drittschuldnerverständigung ihren Zweck erfüllt, die Belastung »leicht erfahren« zu können. Der Sicherungsgeber wird sich zu solch konkreten positiven Behauptungen allerdings nicht in jedem Fall veranlasst sehen, sondern vor allem dann, wenn auch sein Interesse am zu sichernden Kredit (bzw generell an dem abzuschließenden Geschäft) besonders stark ist; also insbesondere in

genommen wurden (zB auf die vermeintliche Subsidiarität der Drittschuldnerverständigung gegenüber dem Buchvermerk; und auf inzwischen wieder aufgegebene inhaltliche Anforderungen an den Zessionsvermerk wie Datumsangaben; vgl oben III.C.1.a. unter 2.).

825 Im Grunde müsste man den nach Information suchenden künftigen Gläubiger oder Erwerber dinglicher Rechte hier wohl – in Abgrenzung vom Drittschuldner – als »Vierten« bezeichnen. Im Folgenden wird gleichwohl die übliche Diktion beibehalten.

826 Vgl insoweit zB *Ertl* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/3³ § 1396 Rz 2. In Zusammenhang mit einer teilweise erwogenen Haftung des Zessus bei Falschauskunft auch gegenüber dem Dritten (so *Spitzer,* ÖBA 2005, 885 [887] unter analoger Heranziehung von § 1396 Satz 2 ABGB) weist *Kaller,* Sicherungszession 158 ff (insb 160) zudem darauf hin, jeder Zessus würde sich angesichts eines zumindest ungewissen Haftungsregimes hüten, überhaupt Auskünfte zu erteilen. Weigert sich der über die Abtretung informierte Zessus im Einzelfall, über diese Auskunft zu erteilen, soll dies der einmal hergestellten Publizität nicht schaden. Vorsichtig idS *Kaller* aaO 158 f; die Frage scheint kaum diskutiert.

Verhandlungen mit einem Kreditinstitut um eine neue, für das Unternehmen bedeutsame Finanzierung.

Daneben sind natürlich Fälle denkbar, in denen Schuld und Schuldner im Wesentlichen allgemein bekannt (wie bei Werklohnforderungen aus einem Großauftrag von öffentlichem Interesse) oder relativ leicht ermittelbar sind (zB bei der Vermietung von Immobilien). Darüber hinaus ist der dritte Interessent bei der Ermittlung von potentiellen Drittschuldnern typischerweise auf die **Mitwirkung des** (potentiellen) **Sicherungsgebers** angewiesen. Diese Mitwirkung werden manche Gläubiger, insbesondere Banken, vergleichsweise leicht erreichen. Andere, denen keine vergleichbare Machtposition zukommt, scheitern mit ihrem Informationsbedürfnis über den allenfalls verfügbaren Forderungsbestand ihres potentiellen Geschäftspartners uU schon an dessen mangelnder Informationserteilung, oder weil der Aufwand für nähere eigene Nachforschungen sich nicht zu lohnen verspricht, oder schließlich daran, dass ein dennoch ausfindig gemachter Drittschuldner sich passiv verhält.

Die vielfach zumindest de facto gegebene Notwendigkeit einer Mitwirkung des Sicherungsgebers impliziert ein zweites strukturelles Problem, welches *Iro* treffend mit jenem der »**Wahrheitsliebe**« **des Zedenten** umschrieben hat.[827] Der Zedent mag versucht sein, seine finanzielle Situation in ein günstigeres Licht zu rücken als es der Wirklichkeit entspricht. Dieses Risiko kann sich etwa dann verwirklichen, wenn ein neuer Gläubiger an einer sicherungsweisen Globalzession interessiert ist, dabei in etwa von einem bestimmten Forderungsvolumen ausgeht und vom Sicherungsgeber Informationen über seine Schuldner einholt, um diese dann selbständig überprüfen zu können. Hat der Sicherungsgeber seine (typischerweise: künftigen, noch nicht in der Buchhaltung aufscheinenden) Forderungen gegenüber einzelnen potentiellen Schuldnern bereits durch Vorausverständigung abgetreten und weist er den interessierten Neugläubiger gerade auf diese Schuldner nicht hin, kann leicht ein schiefes Bild von der künftig verfügbaren Haftungsmasse entstehen.

2. Damit ist ein weiterer Problembereich berührt, der grundsätzlich völlig unabhängig von den oben angesprochenen Risiken und Funktionsdefiziten besteht: Der interessierte Dritte hat es mitunter mit einer ausgesprochenen **Vielzahl an Auskunftsquellen** zu tun.[828] Jeder Schuldner kann nur über die ihn treffenden Verpflichtungen verlässlich Auskunft geben. Für den potentiellen Neugläubiger

827 Vgl *Iro,* Sicherungsglobalzession und Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357 (357), der sich – im Kontext von Globalzessionen – gegen die Tauglichkeit der Vorausverständigung als Modus iSd § 452 ABGB für die Abtretung künftiger Forderungen ausspricht.

828 Unterstellt natürlich, dass in solchen Fällen überhaupt mit Drittschuldnerverständigung operiert würde, was typischerweise nicht der Fall ist. Wie unten III.C.1.b.(iii.) ausgeführt, kann ein interessierter Neugläubiger diese Möglichkeit allerdings nie ausschließen.

gestaltet sich die Überprüfung bei einer größeren Zahl an Schuldnern somit tendenziell kostenintensiv, wenn sich nicht überhaupt die Überprüfungskosten im Verhältnis zum Forderungssubstrat als prohibitiv erweisen.

Noch eines sei in diesem Zusammenhang betont: Man wird hier wie zu den oben besprochenen Aspekten davon ausgehen können, dass solche Schwierigkeiten nicht alle potentiellen Gläubiger in gleichem Maße treffen. Institutionelle Kreditgeber, die für Zessionsprüfungen auf entsprechende Erfahrung und spezialisiertes Personal zurückgreifen können, werden auch derartigen quantitativen Schwierigkeiten eher begegnen können als einfache Geschäftspartner.

3. Nur kurz angesprochen sei der Umstand, dass auch bei der Drittschuldnerverständigung – wie häufig bei Publizitätsschaffung durch »Zeichen« iSd § 452 ABGB – die **Gefahr von Manipulationen** durch den Sicherungsgeber nicht ausgeschlossen werden kann. Dieser könnte dem Drittschuldner nachträglich die unrichtige Information zukommen lassen, die Sicherungszession habe sich infolge Rückführung des gesicherten Kredits erledigt.[829] Man könnte im Lichte der jüngeren Judikatur zur nachträglichen Veränderung eines Buchvermerks[830] trefflich darüber diskutieren, ob hierdurch die erforderliche Publizität bereits eo ipso verloren geht oder es darauf ankommen soll, welche Auskunft der Drittschuldner nachfragenden Interessenten tatsächlich erteilt – er könnte ja an der Richtigkeit zweifeln und dies weitergeben, womit eine Warnung des Dritten zumindest im Ansatz bewerkstelligt wäre. Hier mag es genügen, festzuhalten, dass dem System der Publizität durch Drittschuldnerverständigung auch aus dieser Richtung Unsicherheiten anhaften.

Generell lässt sich zu den bisher besprochenen Punkten 1. bis 3. resümieren, dass die Vollständigkeit und zumindest mittelbar auch die Validität von Informationen aus dem »System Drittschuldnerverständigung« in mehrfacher Hinsicht von der Kooperation und Verlässlichkeit des Sicherungsgebers abhängen.

4. Abschließend ist daran zu erinnern, dass die Grenzen, innerhalb derer die Drittschuldnerverständigung bzw die dadurch bewirkte Kenntnis des Schuldners den Publizitätsanforderungen des § 452 ABGB genügen, keineswegs überall gesichert sind. Das gilt vor allem für die oben erwähnte Vorausverständigung bei Abtretung einer künftigen Forderung.[831] Die Drittschuldnerverständigung ist als Publizitätsmittel nach geltendem Recht jedenfalls für Nicht-Buchforderungen alternativlos und insoweit unverzichtbar. Ein besonders günstiges Urteil verdient sie unter Publizitätsaspekten allerdings nicht.

829 Angesprochen bei *Riedler,* Anmerkung zu OGH 6 Ob 116/05k, ÖBA 2007, 735 (742 f).
830 OGH 3 Ob 155/10f, JBl 2011, 508 *(Wiesinger),* vgl oben III.C.1.a. unter 2. aE (bei FN 822).
831 Vgl oben III.C.1.a. unter 1. aE.

(ii.) Probleme des Buchvermerks

1. Der große Vorteil der Publizität durch Buchvermerk besteht nach allgemeiner Ansicht darin, dass die sicherungsweise Abtretung der Forderungen den Schuldnern des Sicherungsgebers nicht bekannt gemacht werden muss. Dies wahre dessen wirtschaftlichen Ruf – zu seinem eigenen Vorteil wie zu jenem des Kreditgebers, denn bleibe das Ansehen des Kunden ungetrübt, bestehe auch gute Aussicht auf eine erfolgreiche Rückführung des gewährten Kredits. Inwieweit solche Überlegungen im heutigen Wirtschaftsleben angesichts der großen Verbreitung von Zessionskrediten tatsächlich noch tragen, darf hier dahinstehen. Festzuhalten ist lediglich, dass der Umstand der Belastung nach außen nicht in Erscheinung tritt. Dennoch ist dem Publizitätsprinzip entsprochen. Denn der Sicherungsgeber kann Dritten Einblick in seine Geschäftsbücher gewähren. Wem er seine Buchführung öffnet – und hierin wird wiederum ein Vorteil des Systems der Publizität durch Buchvermerk gesehen[832] – bleibt dem Belieben des Forderungsinhabers anheimgestellt.

Wendet man die Perspektive hin zu jener des Drittinteressenten und eigentlichen Publizitätsadressaten, wird der Segen leicht zum Fluch. Denn Zugang zur Buchführung erhält gewiss nicht jedermann, sondern nur derjenige, dem der präsumtive Sicherungsgeber diesen Zugang gewährt. Die Publizität des Buchvermerks ist damit eine **Publizität »für Auserwählte«**[833] oder, wie *Ertl* es plastisch formuliert hat, eine »Geheimpublizität«.[834] Dabei wiederholt sich, nunmehr allerdings mit potenzierter praktischer Bedeutung, ein Muster, das sich bereits im vorstehenden Abschnitt zur Drittschuldnerverständigung allenthalben herauskristallisiert hat: Keinerlei Schwierigkeit, diesen Zugang zu erhalten, hat derjenige, ohne dessen Kredit das Unternehmen nicht auskommt, und das ist die Bank.[835] Ohne eingehende Zessionsprüfung[836] wird sie (Zessions-)Kredit nicht gewähren. Ganz anders ist die Situation für kleinere potentielle Gläubiger wie vorauszahlende Kunden oder Dienstleistungserbringer, die aufgrund geringerer Marktmacht nicht umhin können, ihre Vorleistungen ungesichert zu erbringen. Sie bleiben von der Buchpublizität regelmäßig ausgeschlossen.

2. Was hier primär als Nachteil für sonstige, nicht zur Einsicht »auserwählte« Gläubiger geschildert wurde, kann mittelbar auch zu einem Nachteil des Schuldners (Sicherungsgebers) geraten. So weist *Ertl* grundsätzlich mit Recht auf die

832 Vgl bloß *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1383) im Vergleich mit einem möglichen, zur allgemeinen Einsicht offenstehenden Register für Mobiliarsicherheiten.
833 *W. Faber,* JBl 2012, 341 (344).
834 *Ertl,* JBl 2002, 197. Vgl ferner *Kodek* in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2008 31 (37): »gewisse Abschwächung« des Publizitätserfordernisses.
835 Im selben Sinne *Schauer* in FS Kalus 451 (457).
836 Zur praktischen Durchführung *Teloni,* ÖBA 1999, 335.

Gefahr hin, die angesprochene »Geheimpublizität« führe »als weitere Folge zur **völligen Abhängigkeit des** redlichen **Schuldners von seiner Hausbank …**, die unter diesen Umständen allein ausreichend genau wissen kann, wie es um seine Kreditwürdigkeit steht«[837] und, so ist zu ergänzen, sich daher ohne weiteren Risikoaufschlag zur Kreditierung bereitfindet. Andere potentielle Gläubiger hingegen könnten vor einer Kreditierung sogar endgültig zurückschrecken, weil faktisch kein Informationszugang in Bezug auf die Kreditwürdigkeit besteht. Als Folge wächst in jedem Fall die Abhängigkeit vom Primärkreditgeber.

Nun mag sich dieses Risiko in der Praxis in völlig unterschiedlichem Maße, oft vielleicht auch gar nicht, verwirklichen. Strukturell ist es dem österreichischen »System Buchvermerk« aber jedenfalls immanent. Dies gilt es zu bedenken, wenn man Reformoptionen diskutiert. Es gilt dies auch dann zu bedenken, wenn hierbei vonseiten der Kreditinstitute Vorbehalte gegen eine Ausweitung der Publizität etwa durch Einrichtung eines allgemein zugänglichen Registers für Mobiliarsicherheiten vorgebracht werden[838] (bzw künftig werden sollten).

3. Ein letztes Problem bezieht sich auf potentielle Unsicherheiten hinsichtlich der Bestandskraft des Buchvermerks. Wie sonstige »Zeichen« ieS wird der Buchvermerk **in der Sphäre des Sicherungsgebers gesetzt und belassen.** Er könnte von diesem nachträglich **eigenmächtig gelöscht** werden. Damit würde die Sicherheit mit Wirkung ex nunc untergehen.[839]

Zu welchem Grad dieses potentielle Risiko auch ein reales darstellt, entzieht sich meiner Kenntnis. Dass der Sicherungsgeber einem moralischen Risiko ausgesetzt ist, in wirtschaftlicher Notlage einem neuen Kreditgeber einen unbelasteten Forderungsbestand vorzutäuschen, ist jedenfalls nicht grundsätzlich von der Hand zu weisen. Für *Ertl* sind diese Manipulationsmöglichkeiten sogar Grund genug, den heute üblichen elektronischen Buchvermerk als Publizitätsform überhaupt abzulehnen. Er sieht die Gefahr derartiger Machenschaften – im Gegensatz zur Frühphase des elektronischen Zessionsvermerks – heute als erheblich an. Insbesondere die Anfertigung »doppelter Listen«, einmal mit Zessionsvermerk für die kontrollierende Hausbank, einmal ohne solchen für einen allfälligen neuen Kreditgeber, sei ungleich einfacher als zuvor. Zusammenfassend hält *Ertl* fest: »Die Manipulation ist leicht durchführbar, der Kreis der Eingeweihten kann

837 *Ertl,* JBl 2002, 197 (198); die Hervorhebungen stammen von mir.

838 Vgl auch insoweit *Schauer* in FS Kalus 451 (457) mit Bezug auf die reservierte Haltung der Kreditwirtschaft gegenüber einem 2006/2007 von einer Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts unter *Schauers* Leitung vorgelegen Gesetzesentwurf mit Registerlösung.

839 Vgl OGH 3 Ob 155/10f, JBl 2011, 508 *(Wiesinger).* Entsprechendes gilt, wie oben III.A.2.c.(v.) erwähnt, bei nachträglichem Wegfall physischer Zeichen bei der Verpfändung von Fahrnis nach § 452 ABGB.

ganz klein gehalten werden, und sie ist mit den auch sorgfältigen [scil: alten und neuen] Kreditgebern zumutbaren Mitteln nicht feststellbar.«[840]

Auch diesbezüglich muss man nicht gleich die radikalste Konsequenz ziehen und wie *Ertl* dem elektronischen Buchvermerk de lege lata die Daseinsberechtigung als zulässiges Publizitätsmittel absprechen, noch dazu zugunsten eines Monopols der Drittschuldnerverständigung[841] (die ja, wie gesehen, vor Manipulationen durch den Sicherungsgeber auch nicht a priori gefeit ist). Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass neben der beschränkten Publizität auch das zumindest potentiell gegebene Manipulationsrisiko[842] infolge Verbleibens in der Sicherungsgeber-Sphäre ein Aspekt ist, der bei der Diskussion möglicher Alternativen zu berücksichtigen sein wird.

(iii.) Praktische Probleme aus der Parallele von Drittschuldnerverständigung und Buchvermerk

Riedler hat zutreffend auf ein weiteres Effizienzproblem des geltenden österreichischen Rechts aufmerksam gemacht, das sich im Fall offener Buchforderungen aus der angesprochenen **Wahlmöglichkeit** zwischen Publizität durch Buchvermerk und solcher durch Drittschuldnerverständigung ergibt:[843] Findet der interessierte Dritte bei eingehender Prüfung der Geschäftsbücher *keinen* Zessionsvermerk, kann er daraus noch nicht mit Gewissheit den Schluss ziehen, dass alle verbuchten Forderungen auch dem potentiellen Sicherungsgeber zustehen. Dieser könnte darüber nämlich schon im Wege der Drittschuldnerverständigung wirksam verfügt haben. Um sicher zu gehen, müsste der Dritte daher zusätzlich bei sämtlichen Schuldnern nachfragen, was einerseits einen erheblichen Mehraufwand verursacht und andererseits insoweit misslich sei, als man damit den Umstand einer nun bevorstehenden Sicherungszession gegenüber den Kunden des Sicherungsgebers aufzudecken gezwungen ist. Tatsächlich scheint das Befragen vorhandener Kunden des künftigen Kreditnehmers im Rahmen von Zessionsprüfungen durch

840 *Ertl,* JBl 2002, 197 (200); zur Entwicklungsgeschichte des Manipulationsrisikos sehr anschaulich aaO 199 ff. Zum Problemkreis auch *Lurger* in FS Welser 639 (643 f), die bei eigenmächtigem Löschen des Vermerks durch den Schuldner das Sicherungsrecht nicht notwendig sofort untergehen lassen möchte, vor allem aber auf das beträchtliche Risikopotenzial für den Gläubiger und die verbleibende Rechtsunsicherheit hinweist.

841 So in der Tat die Schlussfolgerung bei *Ertl,* JBl 2002, 197 (200 f), de lege ferenda allerdings mit Blick auf ein Zessionsverzeichnis oder -register.

842 Vgl in diesem Kontext auch den bei *Widhalm-Budak* in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2013, 149 (151 f) diskutierten Fall, dass der Zessionsvermerk zwar richtig gespeichert wird, jedoch auf einem Ausdruck der OP-Liste bzw Kundenkonten nicht aufscheint, etwa weil er hierbei unterdrückt werden kann. Die Autorin neigt dazu, dieses Risiko dem anfragenden Drittinteressenten aufzubürden, der sich mit Ausdrucken zufriedengibt, anstatt in die EDV-Buchhaltung selbst Einsicht zu nehmen.

843 *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1381 ff); vgl auch *dens,* Anmerkung zu OGH 6 Ob 116/05k, ÖBA 2007, 735 (742 f).

Banken heute Standard zu sein.[844] Dass andere Geschäftspartner hierzu häufig nicht in der Lage sein werden, ist jedenfalls naheliegend.

Umgekehrt kann sich ein interessierter Dritter, der einen Überblick über den allenfalls greifbaren Forderungsbestand seines potentiellen Geschäftspartners durch Nachfragen bei dessen Kunden zu gewinnen sucht, auf deren Auskunft, es lägen keine Zessionsverständigungen vor, ebensowenig verlassen. Denn wenn dieser Geschäftspartner zumindest faktisch Geschäftsbücher führt, besteht immer das Risiko, dass Forderungen wirksam per Buchvermerk abgetreten sein könnten. Auch in dieser Konstellation ist der Drittinteressent letztlich darauf angewiesen, dass ihm Einblick in die Buchhaltung gewährt wird.

2. Besicherung durch Abtretung künftiger Forderungen

Der zweite aus dem Bereich der Sicherungszession herauszugreifende Themenkreis betrifft die Sicherung durch Abtretung künftiger Forderungen.[845] In praktischer Hinsicht stehen dabei **Globalzessionen** im Vordergrund, die gegenwärtige wie auch zukünftige Forderungen zu erfassen suchen (zB die Vereinbarung der Abtretung »aller Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb des Zedenten«). Fragen stellen sich dabei in verschiedene Richtungen; so zunächst dahin, welche Forderungen nach dem Inhalt der Vereinbarung überhaupt als erfasst angesehen werden können (Frage der Bestimmtheit bzw Individualisierbarkeit) und wie weit die Abtretungswirkung »in die Zukunft reichen« kann, namentlich bei Insolvenzeintritt des Sicherungsgebers. Daneben stellen sich Fragen einer etwaigen Übersicherung des Zessionars (Sicherungsnehmers) und Kollisionsaspekte, insbesondere jener des Aufeinandertreffens einer vorangehenden Sicherungsglobalzession mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt. Diese Fragen interessieren vor allem vor dem Hintergrund der Entwicklungen in anderen europäischen Ländern sowie jüngerer Modellregelwerke wie dem DCFR, deren Verhältnis zum gegenwärtigen Rechtsstand in Österreich näher zu prüfen sein wird.

In einem Punkt kann auf Ausführungen im vorigen Kapitel verwiesen werden: Als Publizitätsakt sind heute ein Generalvermerk in den Geschäftsbüchern des

844 In diesem Sinne *Kaller,* Sicherungszession 167.

845 Näher zur Frage, bei welchen Forderungen es sich um »zukünftige« handelt, *Koziol,* Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, ÖBA 1998, 745 (745 f). Der Begriff kann letztlich ohne Nachteil sehr weit gefasst werden. Im Zentrum stehen weitgehend Forderungen aus im Zeitpunkt der Zessionsabrede noch nicht abgeschlossenen Verträgen, doch können auch Forderungen aus bereits begründeten (Dauer- und Ziel-)Schuldverhältnissen hierunter eingeordnet werden, solange ihnen noch Einwendungen entgegenstehen, ihre Durchsetzung also noch von einem zukünftigen Ereignis abhängt. Dieser Aspekt kann vor allem bei der Frage der Insolvenzfestigkeit der Abtretung eine Rolle spielen. Dieses weite Verständnis wird auch im Folgenden zugrunde gelegt.

Zedenten, der auch künftige Forderungen einschließt, sowie im Grundsatz auch eine Vorausverständigung des Drittschuldners anerkannt.

a. *Bestimmbarkeit bzw Individualisierbarkeit der abzutretenden Forderung*

Die Entwicklung zur Frage nach den Anforderungen an die Bestimmtheit bzw Individualisierbarkeit der abzutretenden Forderung erinnert in etlichen Punkten an jene zur Bestimmbarkeit der zu sichernden Forderung beim Pfandrecht.[846] Auch hier sind die in der Rechtsprechung formulierten Standards anfangs streng und lockern sich mit der Zeit; auch hier bleibt die nähere Begründung für die Enge dieser Kriterien dürftig bis dunkel. Als Konstante durch alle Zeiten fungiert der Rechtssatz, die abzutretende Forderung müsse »bestimmbar« sein. Das nähere Verständnis dieses Kriteriums hat sich allerdings zusehends liberalisiert.

1. Die wohl strengste ältere Entscheidung versteht unter »Bestimmbarkeit« der abzutretenden Forderung, dass **Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund** der künftig entstehenden Forderung im Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung feststehen müssen; und zwar in dem Sinn, dass der Rechtsgrund zu diesem Zeitpunkt bereits vorhanden sein müsse. Demgemäß sei die sicherungsweise Abtretung von Bestandzinsforderungen aus der Vermietung von bestimmten Garagenplätzen nicht wirksam, wenn im Zessionszeitpunkt noch kein Mietvertrag über diese Stellplätze geschlossen worden ist. Als Begründung hierfür fungiert das allgemeine **vertragsrechtliche Bestimmtheitsgebot des § 869 ABGB:** Lägen diese Parameter nicht vor, sei »die Abtretungserklärung ganz unbestimmt«, es »entsteht kein Abtretungsvertrag«.[847] Adressat für die Anwendung des § 869 ABGB ist damit, obwohl dies nicht deutlich reflektiert wird, offenbar das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft (»Abtretungsvertrag«),[848] möglicherweise auch sowohl die schuld- als auch die sachenrechtliche Komponente des häufig in einem geschlossenen Vertrags. Der Rückgriff auf § 869 ABGB und das Abstellen auf Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund hält sich auch im Folgenden, wiewohl nicht weiter verlangt wird, dass Schuldner und Rechtsgrund bereits im Abtretungszeitpunkt bekannt bzw begründet sein

846 Siehe oben III.A.3.b.

847 OGH 1 Ob 996/28, SZ 10/367.

848 Deutlich im Sinne einer Anwendung des Bestimmtheitserfordernisses auf das Verfügungsgeschäft zuvor schon *Ohmeyer,* Verfügung über künftige Rechte (1909) 170 ff, der maßgeblich auf die »Bestimmtheit des Übertragungsaktes« (eben des Verfügungsgeschäfts) abstellt. Auch er verlangt Bekanntsein von Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund. Nur in diesem Fall sei »das Objekt der Abtretung genau bestimmt und darum der Abtretungsvertrag wirksam« (aaO 175). Auf Forderungen aus bereits bestehenden Rechtsverhältnissen schränkt *Ohmeyer* allerdings dezidiert nicht ein.

müssen. Ausreichend ist demnach etwa, dass bei Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts feststeht, dass die zedierten Forderungen aus Veräußerungsgeschäften über die unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Ware resultieren.[849] **Globalzessionsvereinbarungen** werden in Anwendung dieser Kriterien zunächst wegen fehlender Bestimmbarkeit für unwirksam erachtet.[850] Das ändert sich sukzessive. In einer Entscheidung jüngeren Datums hat der OGH ohne dies näher zu problematisieren die ausreichende Individualisierung unter anderem durch eine »eindeutig identifizierte Rechtsbeziehung« bei einer Globalzessionsvereinbarung angenommen, die sich schlicht auf die gegen die bestimmte Schuldnerin bestehenden »entgeltlichen Ansprüche und Forderungen« bezog.[851]

Mit dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot des § 869 ABGB lässt sich ein zwingendes Abstellen auf bestimmte Individualisierungskriterien indes nicht begründen. Schon *Fitz* hat in seinem 1973 erschienenen Beitrag zur Globalzession zutreffend darauf hingewiesen, dass diesem Erfordernis schon dann Genüge getan ist, wenn sich der Leistungsinhalt ohne größere Schwierigkeiten ermitteln lässt. Die Elemente, anhand derer dies erfolgen könne, könnten durchaus verschieden sein. Gerade bei der Globalzession aller Forderungen wird der Bestimmbarkeitsgrundsatz keinesfalls verletzt; Schwierigkeiten bei der Identifizierung seien hier »von *vornherein* ausgeschlossen, da ja sämtliche Forderungen, die entstehen, übertragen werden, die Beteiligten einer Verwechslung wie bei der Einzelforderungszession also gar nicht ausgesetzt sein können«.[852] Dass hierfür Bestimmbarkeit des Rechtsgrunds erforderlich wäre, und sei es nur in generisch bestimmter Form wie bei der Abtretung von »Forderungen aus Warenlieferungen und Dienstleistungen im Rahmen des Geschäftsbetriebes«, fordert *Fitz* explizit nicht.[853] Festzuhalten ist allerdings, dass *Fitz* sich mit dem Bestimmtheitsgebot des § 869 ABGB stets als

849 Siehe zB OGH 8 Ob 210/63, EvBl 1964/121 (ebenfalls unter Berufung auf § 869 ABGB). Allgemein auch *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 246 f.

850 Ausdrücklich noch *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 246 f. Weitere Nw bei *Fitz,* ÖJZ 1973, 595 (596).

851 OGH 1 Ob 406/97f, SZ 71/154.

852 *Fitz,* ÖJZ 1973, 595 (595 ff, Zitat aus 597, Hervorhebung im Original). Im heutigen Schrifttum begegnet der Rückgriff auf § 869 ABGB bei *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 309 (Rz 5/6). Dass es genügen muss, etwaige Abgrenzungsschwierigkeiten bei globalen Abtretungsvereinbarungen allenfalls im Wege der Auslegung zu klären, betont auch *Karollus,* ÖBA 1999, 327 (327 mit Beispiel: Die Abtretung von Forderungen »aus dem Geschäftsbetrieb« meine im Zweifel Forderungen aus dem laufenden Geschäftsbetrieb, nicht aus dem Verkauf von Anlagegütern oder Betriebsmitteln).

853 *Fitz,* ÖJZ 1973, 595 (596 f) in Abgrenzung zu *Koziol,* Rechtsfragen beim Factoring-Geschäft, QuHGZ 1972, 313 (319). Wie *Fitz* später auch *Koziol,* Sicherungszession und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht, in *Wiegand* (Hrsg), Mobiliarsicherheiten (1998) 19 (31); in der Sache nunmehr auch *Bollenberger* in FS Iro 289 (299) im Kontext der Wirkung des Generalzessionsvermerks in der OP-Liste: Alle Forderungen erfasst, auf Identifizierung der Rechtsbeziehung kommt es nicht an. Hinreichende Bestimmtheit für den Fall der Abtretung aller zukünftiger Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis (konkret: 50 % der Einnahmen aus Transportleistungen eines bestimmten Lkw) angenommen in OGH 2 Ob 217/73, JBl 1975, 654.

Grundsatz des Schuldrechts auseinandersetzt,[854] somit offensichtlich ausschließlich bezogen auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft.

2. Eine alternative Begründung für ein strenges Abstellen auf Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund im Abtretungszeitpunkt liefert der OGH im bereits angeführten frühen Fall SZ 10/367: Wenn ein Schuldner einem Gläubiger »alle künftigen noch gar nicht bestehenden Forderungen aus einem Unternehmen gegen noch unbekannte Personen abtreten könnte, so wäre dem Mißbrauch zum **Schaden anderer Gläubiger** Tür und Tor geöffnet«.[855] Eine nähere Untermauerung dieses Ansatzes, insbesondere durch konkrete Rückbindung an das Gesetz, unterbleibt freilich.

3. Andere ordnen die Frage (ausschließlich) beim **sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip** ein, also bei dem Grundsatz, dass sich ein Sachenrecht bzw hier die Rechtszuständigkeit in Bezug auf die abtretungsgegenständliche Forderung stets auf eine bestimmte Sache, hier eine bestimmte Forderung, beziehen müsse. Die Ergebnisse variieren auch hier. *Mayrhofer* hat noch 1986 Globalzessionen jedenfalls in Bezug auf künftige Forderungen für unwirksam erachtet, offenbar weil die zu erfassenden Forderungen nicht soweit bestimmbar festgelegt seien, dass eine eindeutige Zuordnung zum Verfügungsgeschäft möglich wäre.[856] Das jüngere Schrifttum teilt derlei Bedenken nicht mehr. Mehrfach findet sich die Aussage, dem Spezialitätsgrundsatz sei dann entsprochen, wenn die künftige Forderung in der Zessionsvereinbarung so genau beschrieben ist, dass sich **bei ihrer Entstehung einwandfrei feststellen lässt**, dass die Forderung von der Abtretung erfasst ist.[857] *Strasser* präzisiert dies dahin, dass von den verschiedenen für eine völlige Individualisierung der abzutretenden Forderung in Betracht kommenden Merkmale – Art bzw Inhalt der Forderung (zB Geldforderung); abstrakter Rechtsgrund (zB »aus Kaufverträgen«); konkreter Rechtsgrund (ein konkreter Vertrag); Ausmaß (zB Betrag einer Geldforderung); Schuldner – niemals alle zusammen und auch nicht immer dieselben vorliegen müssten. Vielmehr müssen, um die »**Individualisierbarkeit**« der abzutretenden Forderung zu gewährleisten, von den genannten möglichen Bestimmungsgründen »jeweils so viele im Zeitpunkt der

---

854 Vgl *Fitz,* ÖJZ 1973, 595 (595 f).

855 OGH 1 Ob 996/28, SZ 10/367; Hervorhebung von mir.

856 *Mayrhofer,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II: Das Recht der Schuldverhältnisse – 1. Allgemeine Lehren³ (1986) 475 f, 492.

857 So *Strasser* in FS Hämmerle 397 (insb 408 f); *Beig,* Zession 14 f mwN; *Kaller,* Sicherungszession 49 f. Vgl auch *Wiesinger,* Kreditsicherung 15 f; *Kodek* in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2008 31 (36); *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 260 (Rz 14/20); *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 309 (Rz 5/6), bei denen allerdings nicht völlig deutlich wird, ob sie sich hierbei auf das sachenrechtliche Spezialitätsprinzip beziehen *(Apathy* aaO führt § 869 ABGB an).

Zession zur Bezeichnung der zedierten Forderung genannt und so zum Inhalt des Zessionsvertrages werden, daß, *bezogen auf den konkreten Einzelfall,* sichergestellt ist, daß im Zeitpunkt des Existentwerdens des Forderungsrechtes zweifelsfrei die Identität oder Nichtidentität dieser nun entstandenen Forderung mit der seinerzeit abgetretenen festgestellt werden kann«.[858] Dies trifft sich mit einer Rechtsprechungslinie, die ebenfalls bloß auf Individualisierbarkeit im Einzelfall abstellt, ohne hierfür bestimmte Identifizierungskriterien notwendig zu fordern.[859] Zum für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt äußert sich diese Rechtsprechungslinie allerdings nicht.

Globalzessionen gelten nach diesen Kriterien heute als hinreichend individualisiert; für manche offenbar generell (»Abtretung aller künftiger Forderungen«),[860] für andere unter der Einschränkung, dass zumindest der Rechtsgrund bestimmbar ist (zB »Forderungen aus Warenlieferungen«).[861]

4. Worauf also soll es ankommen? Auf inhaltliche Bestimmbarkeit iSd § 869 ABGB in Bezug auf das der Abtretung zugrundeliegende schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, auf ebensolche Bestimmbarkeit des Verfügungsgeschäfts, auf Wahrung des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips? Die Antwort muss lauten: auf **alle drei Kriterien**, stellen sie doch nach österreichischem Recht jeweils separate Voraussetzungen für die Übertragung von Rechten dar.

Besondere Einschränkungen ergeben sich nach richtiger Auffassung allerdings aus keinem dieser Gesichtspunkte; insoweit ist den oben referierten, in jüngerer Zeit vertretenen Ansätzen beizupflichten: Abgrenzungsschwierigkeiten im Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft sind im Wege der Vertragsauslegung zu bereinigen; erst wenn sich dies als unmöglich erweist, setzt die Unwirksamkeitssanktion des § 869 ABGB ein.[862] Aus dem Spezialitätsgrundsatz, der letztlich nur Klarheit über die Zuordnung der jeweiligen Forderung an den einen oder anderen Gläubiger bezweckt, ergeben sich bei entsprechender Vereinbarung – Paradigma: »alle« Forderungen – ebenfalls keine grundsätzlichen Begrenzungen.[863]

858 *Strasser* in FS Hämmerle 397 (408).

859 Siehe OGH 3 Ob 83/68, EvBl 1969/15: Bei Abtretung des Erlöses aus dem geplanten Verkauf eines bestimmten Liegenschaftsanteils kann kein Zweifel aufkommen, welche zukünftige Forderung Gegenstand der Zession ist, auch wenn die Person des zukünftigen Schuldners noch nicht bekannt ist. Vgl ferner etwa OGH 6 Ob 91/73, SZ 46/48; 2 Ob 217/73, JBl 1975, 654 (hier offenbar unter Bezug auf § 869 ABGB, da die Gültigkeit der Abtretungsvereinbarung beurteilt wird).

860 Siehe *Kaller,* Sicherungszession 50; ferner etwa *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang^3 § 1392 Rz 100, § 1393 Rz 66.

861 So bei *Iro/Riss,* Sachenrecht^7 260 (Rz 14/20).

862 Vgl schon oben bei und mit FN 852.

863 Vgl insoweit auch die nähere Untersuchung zum Spezialitätsgrundsatz nach Buch IX DCFR unten V.C.2.a.(ii.) unter 3. und 4. Zwar ist das normative Umfeld, das für die Konkretisierung von Spezialitätsregeln zu beachten ist, in ABGB und DCFR nicht völlig identisch und können Ergebnisse demgemäß nicht ohne weiteres übertragen werden. Doch werden die Anforde-

Als Grundlage für die nachfolgende Darstellung kann festgehalten werden, dass die Wirksamkeit von Globalzessionen aus den Regeln zur vertragsrechtlichen Bestimmtheit und sachenrechtlichen Individualisierung keine grundsätzlichen Einschränkungen erfährt.

Man kann dies alles auch anders formulieren: Dort, wo dies aus Publizitätsgesichtspunkten möglich ist – wie eben bei der Sicherungszession in Gestalt des Generalvermerks in der OP-Liste –, ist dem österreichischen Recht die allseits verrufene **Generalhypothek** keineswegs fremd.

b. Wirksamwerden der Vorausabtretung und Insolvenzfestigkeit

1. Im paradigmatischen Fall der Bestellung einer Sicherheit an einer zukünftigen Forderung sind die allgemeinen Abtretungsvoraussetzungen wie die Einigung über Verpflichtungsgrund und Abtretung (Verfügung) sowie die Schaffung von Publizität bereits verwirklicht, bevor die von der Abtretung erfasste Forderung begründet wird.[864] Wirksam wird die im Voraus vorgenommene Abtretung nach herrschendem Verständnis allerdings erst, wenn die künftige **Forderung** tatsächlich **entsteht.** Sie wächst dann unmittelbar dem Zessionar zu (Direkterwerb); ein »Durchgangserwerb« des Zedenten quasi für eine juristische Sekunde wird in Österreich heute ganz überwiegend abgelehnt.[865] Auch soweit unter »denklogischen« Gesichtspunkten ein Durchgangserwerb angenommen wird,[866] ist man sich allerdings darüber einig, dass aus solchen Fragen der rechtstechnischen Konstruktion keine weitreichenden Rechtsfolgen abgeleitet werden sollten. Hierfür – etwa für die Frage nach den Auswirkungen eines zwischenzeitig eröffneten Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sicherungsgebers oder die Kollision mehrerer Vorausverfügungen – seien vielmehr die berührten Interessen und die relevanten, von der Rechtsordnung vorgegebenen Wertungsgesichtspunkte herauszuarbeiten.[867]

---

rungen des Spezialitätsprinzips nach dem ABGB und dem DCFR nicht allzu weit auseinander liegen.

864 Zum grundsätzlich weiteren Begriff der »künftigen Forderung« oben III.C.2. mit FN 845. Die im hiesigen Unterabschnitt behandelten Fragen entfallen für künftige Forderungen »iwS« weitgehend.

865 Siehe *Koziol,* ÖBA 1998, 745 (746 ff); *ders* in *Wiegand,* Mobiliarsicherheiten 19 (35); *Beig,* Zession 15 ff; *Kaller,* Sicherungszession 58 f, 64 f (dort 59 ff auch zur hier nicht weiter aufgegriffenen Frage, welcher Zeitpunkt für das »Entstehen« einer Forderung maßgebend sein soll); *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 308 f (Rz 5/6) mwN; *Sailer,* Reichweite der (General-)Sicherungszession, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2015 (2016) 143 (149 f). Hinsichtlich des Zeitpunkts des Erwerbs auch *Wiesinger,* Kreditsicherung 16 f.

866 So jüngst *Wiesinger,* Kreditsicherung 17, da »der Tatbestand, der die Abtretung erst wirksam macht – die Forderungsentstehung –, nicht seinerseits von der Abtretung beeinflusst werden« könne.

867 Insoweit übereinstimmend *Wiesinger,* Kreditsicherung 17 f; *Beig,* Zession 16 f mwN; *Koziol,* ÖBA 1998, 745 (747).

2. Diese Orientierung an anderen als konstruktiv-sachenrechtlichen Gesichtspunkten gilt insbesondere für die Frage der **Insolvenzfestigkeit** einer sicherungsweisen Vorausabtretung. Dabei wird dem Sicherungsnehmer (Zessionar) letztlich nur in sehr eingeschränkten Fällen eine gesicherte Position zugebilligt. Nach Erbringung seiner eigenen Leistung (Kreditauszahlung) ist dies im Wesentlichen nur dann der Fall, wenn die von der Abtretung erfasste Forderung gegen den Drittschuldner bereits **vor** Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sicherungsgebers **einredefrei entstanden** ist; dh, wenn der Sicherungsgeber die ihm gegenüber dem Drittschuldner aus einem bereits geschlossenen Vertrag obliegende Leistung vor Verfahrenseröffnung vollständig und ordnungsgemäß erbracht hat.[868] Hier fällt die Forderung dem Sicherungsgeber wie oben ausgeführt mit ihrem Entstehen zu. Dass die abgetretene Forderung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung allenfalls noch nicht fällig ist, schadet nicht.

Am problematischsten ist die Beurteilung jener Fälle, in denen die zedierte Forderung ebenfalls aus einem **vor** Verfahrenseröffnung **geschlossenen Vertrag** stammt, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedoch **noch nicht einredefrei** besteht. Die Lösungsansätze variieren, stimmen im Ergebnis allerdings insoweit überein, dass dem Sicherungsnehmer (Zessionar) jedenfalls keine vollumfänglich gesicherte Position, nach verbreiteter Auffassung sogar letztlich gar keine gesicherte Position zukommt. Nach manchen ergibt sich Letzteres daraus, dass dem Insolvenzverwalter wegen der erfolgten (Sicherungs-)Abtretung ein Recht, gemäß § 21 IO die Erfüllung des Vertrags zwischen Zedent und Zessus zu wählen, nicht zustehe und der Zessus dem Zessionar somit die Nichterfüllung entgegenhalten bzw im Fall der dennoch erfolgten Leistung diese vom Zessionar kondizieren könne.[869] Andere halten § 21 IO im Verhältnis Zedent–Zessus sehr wohl für anwendbar und gehen bei Wahl der Erfüllung davon aus, dass die Forderung infolge

---

868 Die Beurteilung dieser Konstellation ist unstrittig; vgl etwa *Widhalm-Budak* in *Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2017) § 21 IO Rz 17; *Koziol,* ÖBA 1998, 745 (746); *Kaller,* Sicherungszession 67; *Kodek* in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2008 31 (46); OGH 6 Ob 116/05k, ÖBA 2007, 735 *(Riedler);* vgl auch *Widhalm-Budak* in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2013, 149 (154 ff); *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 1392 Rz 102. – Weitergehend in der Formulierung wohl etwas unbedacht (in vermeintlichem Anschluss an *Koziol)* OGH 10 Ob 29/07y, ÖBA 2008, 56 (krit *König*)*:* Der Zessionar erlange »eine gesicherte, konkursfeste Position hinsichtlich der bereits angelegten künftigen Forderung …, sofern diese Forderung schließlich – auch nach Konkurseröffnung – einredefrei entsteht«. Kritisch hierzu auch *Bollenberger* in FS Iro 289 (303).

869 So – dezidiert auch für Sicherungszessionen – *Koziol,* ÖBA 1998, 745 (752 ff); diesem folgend *Kepplinger,* Das Synallagma in der Insolvenz (2000) 289 ff. *Koziols* Ansatz schließt die Anwendbarkeit des § 21 IO grundsätzlich in jenen Situationen aus, in denen der Sicherungsgeber (Zedent) die ihm aus dem Rechtsverhältnis mit dem Zessus zustehende Leistung bereits erhalten hat, was auch bei Einlösung der Forderung seitens des Zessionars (§ 1422 ABGB), Zahlung als Bürge oder bei rechtsgeschäftlicher Abtretung gegen Entgelt der Fall sei, wobei er hierzu neben der Zahlung des Kaufpreises beim Forderungskauf auch die Auszahlung des Kreditbetrags aufgrund der Sicherungszession rechnet (siehe *Koziol* aaO 753 f mit FN 82).

Erfüllung durch den Insolvenzverwalter in die Masse falle.[870] Eine dritte Auffassung baut ebenfalls auf der Anwendbarkeit von § 21 IO im Verhältnis Zedent–Zessus auf, nimmt aber bei Wahl der Erfüllung an, dass die Forderung infolge der Abtretung dem Zessionar zusteht. Die Erfüllung darf der Insolvenzverwalter allerdings nur wählen, wenn dadurch der Masse – trotz »Abgangs« der Forderung an den Zessionar (Sicherungsnehmer) – sonstige Vorteile entstehen, etwa die Fortsetzung des Kreditverhältnisses mit dem Zessionar. Nach diesem Ansatz trägt das Risiko der »Beurteilung der Wirksamkeit« der Sicherungszession also letztlich der Insolvenzverwalter, der auch über den entsprechenden Einblick verfüge.[871] Nach dieser letztgenannten Auffassung kann sich der Sicherungsnehmer uU aus der ihm abgetretenen Forderung befriedigen; allerdings nur, wenn der Insolvenzverwalter im Verhältnis zum Zessus die Erfüllung gewählt hat, was in den hier besprochenen Fällen gewiss nicht den Regelfall darstellt. »Gesichert« ist die Position des Zessionars also auch nach dieser Ansicht keineswegs. Ein weiterer Ansatz schließlich sieht eine gewisse Sicherung des Zessionars auch im Fall des Rücktritts des Insolvenzverwalters im Verhältnis zum Zessus als gegeben: Soweit der Sicherungsgeber bereits Leistungen an den Zessus erbracht hat, entstehe mit dem Rücktritt ein Bereicherungsanspruch, der als Erfüllungssurrogat dem Zessionar zustehe und diesem eine insolvenzfeste Position verschaffe. Betragsmäßig sei diese Sicherstellung allerdings nicht mit dem Wert der vom Sicherungsgeber an den Zessus erbrachten Teilleistungen gleichzusetzen, da der Bereicherungsanspruch mit dem Nichterfüllungsschadenersatzanspruch des Vertragspartners aufgerechnet werden könne.[872] Sonderfälle wie die Abtretung von Bestandzinsforderungen, für die teils besondere Rechtsvorschriften zu beachten sind, dürfen hier beiseite stehen.[873]

Was schließlich **Forderungen aus erst nach Insolvenzeröffnung** – durch den Insolvenzverwalter – **abgeschlossenen Verträgen** betrifft, geht die ganz hA davon aus, dass diese trotz erfolgter Abtretung in die Insolvenzmasse fallen.[874] An solchen im allerengsten Sinne »zukünftigen« Forderungen lässt sich also eine insolvenzfeste Position durch Vorausabtretung nicht begründen.

870 *Beig,* Zession 115 ff (zusammenfassend 127). Vgl auch *Rebernig,* Anfechtungsfeste Sicherstellung durch Zession künftiger Forderungen? ZIK 2009, 44 (47).

871 In diesem Sinne *Kaller,* Sicherungszession 69 ff (insb 72); vgl auch *Wiesinger,* Kreditsicherung 133 f. Zur möglichen Haftung des Insolvenzverwalters bei nachteiliger Erfüllungswahl auch *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht III[4] (2002) § 81 KO Rz 193.

872 Siehe *Widhalm-Budak* in *Konecny,* Insolvenz-Forum 2013, 149 (161 ff); ferner *Widhalm-Budak* in *Konecny,* Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 28 f.

873 Zur Wirksamkeit der Abtretung von Bestandzinsforderungen in der Insolvenz etwa OGH 6 Ob 116/05k, ÖBA 2007, 735 *(Riedler); Koziol,* ÖBA 1998, 745 (755 ff); *Rebernig,* ZIK 2009, 44 (47 f).

874 Vgl bloß *Kaller,* Sicherungszession 73 f; *Koziol,* ÖBA 1998, 745 (750 f); *Beig,* Zession 113; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 1392 Rz 102, jeweils mwN.

c. *Sonstiges*

Abschließend seien zwei Fragen kurz angesprochen, die typischerweise in Zusammenhang mit Globalzessionen auftreten und hinsichtlich derer sich die gegenwärtige Position des österreichischen Rechts einem kritischen Vergleich mit den Lösungen anderer Rechtsordnungen bzw rezenter Modellregelwerke zu stellen haben wird.

(i.) Übersicherung

Die erste dieser Fragen betrifft das Problem der Übersicherung. Eine solche liegt vor, wenn der Gläubiger sich Sicherheiten an Vermögenswerten von insgesamt wesentlich höherem Wert bestellen lässt, als zur Deckung der gesicherten Forderung samt Nebenkosten und unter Bedachtnahme auf etwaige Verwertungsrisiken erforderlich wäre.[875] Es handelt sich dabei grundsätzlich um ein allgemeines Problem des Rechts der Realsicherheiten; im österreichischen Recht tritt es aufgrund des Faustpfandprinzips bzw der engen Grenzen der Publizierung durch »Zeichen« iSd § 452 ABGB im Fahrnisrecht freilich vor allem bei der Besicherung durch Forderungen auf. Es stellt sich innerhalb dieses Bereichs bei der Sicherungszession zudem insofern mit besonderer Schärfe, als bei dieser die erfassten Forderungen aus dem Vermögen des Zedenten vollständig ausscheiden und somit – im Bereich der Überdeckung letztlich ohne konkreten Nutzen für den gesicherten Gläubiger – nicht zur Begründung nachrangiger Sicherungsrechte zugunsten anderer Gläubiger herangezogen werden können.

Die diesbezügliche Diskussion in Österreich verläuft bislang weitaus weniger intensiv als jene in Deutschland;[876] sie bedient sich im Wesentlichen derselben Instrumentarien, was freilich nicht notwendig zu identischen Ergebnissen führt. Unterschieden wird in »anfängliche«, dh bereits bei Abschluss der Sicherungsabrede bestehende, und »nachträgliche« Übersicherung, welche erst zu einem späteren Zeitpunkt dadurch eintritt, dass sich entweder der Umfang bzw Wert des Sicherungsguts erhöht und/oder die Höhe der gesicherten Forderung herabsinkt.[877]

1. Als Instrument zur Begrenzung **anfänglicher Übersicherung** dient die allgemeine Regelung zur **Sittenwidrigkeit** (§ 879 ABGB). Dabei gilt das Augenmerk in erster Linie dem Schutz der **Interessen des Sicherungsgebers.** Weitestgehend

875 Vgl *Beig,* Zession 17.

876 Zusammenfassung und Nachweise unten IV.A.2.b.(ii.).

877 Siehe insbesondere *Iro,* Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde im Allgemeinen, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht I² (2007) 143 ff (Rz 1/277 ff); *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht VIII² 107 ff (Rz 1/168 ff); *Wiesinger,* Kreditsicherung 105 ff; *Beig,* Zession 17 ff. Zu Sittenwidrigkeitsaspekten (anfängliche Übersicherung) auch bereits *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 284 ff.

anerkannt ist das Sittenwidrigkeitsurteil dabei zunächst für den Fall der »Knebelung« des Sicherungsgebers, wenn also dessen wirtschaftliche Bewegungsfreiheit durch die Bestellung der Sicherheit derart eingeschränkt wird, dass dies im Verhältnis zum Sicherungsbedürfnis des Gläubigers nicht mehr gerechtfertigt werden kann.[878] Aus der höchstgerichtlichen Judikatur ist allerdings bis dato kein Fall bekannt, in dem eine Sicherungsabrede wegen Knebelung für unwirksam erachtet worden wäre. Ausgesprochen wurde vielmehr, dass auch eine weitreichende Einschränkung der Dispositionsmöglichkeiten des Schuldners keine Sittenwidrigkeit begründet, wenn sie die Konsequenz einer wirtschaftlich gerechtfertigten Bedeckung ist.[879]

Eine übermäßige Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers gilt freilich nicht als unabdingbare Voraussetzung für die Sittenwidrigkeit des Bestellungsvertrags. Denkbar ist auch, dass diese sich aus einem groben Missverhältnis zwischen Sicherungswert und Sicherungsinteresse in Verbindung mit anderen Umständen wie dem Ausnützen einer wirtschaftlichen Machtstellung durch den Gläubiger ergibt.[880] Auch hierzu fehlt es indes an Konkretisierungen durch die Judikatur. Im Schrifttum sind demgemäß Versuche unternommen worden, Orientierungspunkte für die sittenwidrigkeitsbegründende Wertdiskrepanz herauszuarbeiten. Die Ergebnisse sind – nicht zuletzt im Vergleich zu manchen Äußerungen in der deutschen Literatur[881] – durchaus gläubigerfreundlich: Aus § 1374 ABGB (der freilich auch *gesetzliche* Sicherstellungsansprüche betrifft[882]) wird abgeleitet, dass ein Pfandwert von 200 % des Forderungsbetrags schon nach dem Gesetz jedenfalls verlangt werden könne und Sittenwidrigkeit eine erhebliche Überschreitung dieses Werts voraussetze.[883] Etwas strenger verfährt *Frotz,* wenn er unter Rückgriff auf die *laesio enormis*-Regel des § 934 ABGB für den Anwendungsbereich dieser Bestimmung zu einer strikten 200 %-Grenze gelangt.[884]

---

878 Vgl etwa *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 287 f; *Wiesinger,* Kreditsicherung 105, 113 ff; *Ertl* in *Rummel,* ABGB II/3³ § 1392 Rz 4. Skeptisch gegenüber der Annahme einer Sittenwidrigkeit infolge Übersicherung hingegen *Strasser/Grillberger,* Probleme des Zessionskredites 39 f.

879 So jüngst OGH 3 Ob 195/12s, ÖBA 2013, 287; ebenso *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 288. Vgl zuvor auch OGH 6 Ob 17/02x, ÖBA 2003, 612 zu einem Factoring-Vertrag.

880 Vgl *Wiesinger,* Kreditsicherung 111 f; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 289.

881 Dort wird zT ein Überschreiten von 150 % der Forderungshöhe als Anhaltspunkt für die Sittenwidrigkeitsgrenze vorgeschlagen; so bei *Armbrüster* in Münchener Kommentar BGB I⁹ (2021) § 138 Rn 174. Dies ist allerdings keineswegs unstrittig. Andere nennen 300 % der Forderungshöhe als Richtwert, vgl *Ellenberger* in *Palandt* (Begr), BGB⁸⁰ (2021) § 138 Rn 97.

882 Vgl *W. Faber* in *Schwimann/Kodek,* ABGB VI⁴ §§ 1373, 1374 Rz 1.

883 Siehe *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht I² 145 f (Rz 1/280); diesem folgend *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht VIII² 107 f (Rz 1/169); ebenso *Beig,* Zession 19.

884 *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 288 f. § 934 ABGB galt damals gemäß § 351a HGB nicht zugunsten eines Kaufmanns; die von *Frotz* entwickelte These bezog sich demnach nicht auf Sicherheiten, die von Kaufleuten im Betrieb ihres Handelsunternehmens bestellt wurden (heute gilt

Der zum deutschen Recht regelmäßig betonte[885] Aspekt unzureichender Rücksichtnahme auf die **Interessen anderer Gläubiger** spielt in der österreichischen Diskussion hingegen eine geringe Rolle. Betont wird vor allem der Gesichtspunkt der Erkennbarkeit: Eine Täuschung über den verfügbaren Haftungsfonds bzw die Kreditwürdigkeit des Schuldners ergebe sich nach österreichischem Recht schon aufgrund des auch für Sicherungszessionen geltenden Publizitätserfordernisses nicht. Gefahren für konkurrierende Gläubiger seien somit nicht zu befürchten.[886] Die potentiellen Auswirkungen einer Übersicherung auf dritte Gläubiger beschränken sich freilich nicht auf den Gesichtspunkt der Erkennbarkeit. Insbesondere ist außerhalb der Insolvenz der sicherungszedierte Forderungsbestand nach hA dem exekutiven Zugriff anderer Gläubiger vollständig entzogen (§ 37 EO);[887] je größer die Übersicherung, desto gravierender im Verhältnis der Nachteil für Exekutionsgläubiger. Kein Nachteil droht ungesicherten Gläubigern hingegen im Insolvenzverfahren. Hier begründet die Abtretung zur Sicherheit ebenso wie das Sicherungseigentum lediglich ein Absonderungsrecht (§ 10 Abs 3 IO); ungesicherte Gläubiger kommen damit jedenfalls soweit zum Zug, als nach Deckung der gesicherten Forderungen noch Vermögen vorhanden ist. Ob das daran begründete Sicherungsrecht überschießend war, ist nach Befriedigung des Sicherungsnehmers unerheblich. Von einer Übersicherung betroffen sind schlussendlich allerdings solche Gläubiger des Sicherungsgebers, die sich an dessen Vermögenswerten selbst eine dinglich gesicherte Rechtsposition verschaffen lassen möchten, infolge der Vollrechtsübertragung aber nunmehr daran gehindert sind. Ist der gesicherte Forderungsbetrag im Verhältnis zum global zedierten Forderungsbestand relativ gering, könnte man durchaus auch diesen Umstand als Interessenmissverhältnis relevieren, das unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung von Drittinteressen im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung Beachtung beanspruchen könnte (auch

---

§ 934 ABGB auch im Unternehmergeschäft, kann aber abbedungen werden; § 351 UGB idF des HaRÄG 2005). Außerhalb dieses Bereichs nimmt *Frotz* keine starre Grenze an; für ein Sittenwidrigkeitsurteil bedürfe es stets zusätzlicher besonderer Umstände. Ähnlich *Wiesinger,* Kreditsicherung 111ff, der zudem aus der Ersetzungsbefugnis des § 934 ABGB ableitet, dass der Sicherungsnehmer durch Freigabe des »unangemessenen Teils« der Sicherheit deren grundsätzliche Wirksamkeit gleichsam retten könne.

885 Vgl *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] (2021) 1392 f (Rn 2412 f); *Armbrüster* in Münchener Kommentar BGB I[9] § 138 Rn 174 mwN. Wesentlicher Bezugspunkt in der deutschen Diskussion ist die bereits vom Reichsgericht begründete Judikaturlinie zur Nichtigkeit bzw allenfalls Schadenersatzpflicht wegen »Gläubigergefährdung«; siehe RG IX 74/31, RGZ 136, 247 (254); VI 196/33, RGZ 143, 48; vgl auch BGH IX ZR 72/94, NJW 1995, 1668; *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] (2009) 778 (§ 56 Rn 6).

886 IdS *Beig,* Zession 17 f; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 316 f (Rz 5/14); vgl auch *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 290.

887 Das Problem wird gesehen bei *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 290 f, der ihm allerdings keine Bedeutung beimisst, weil er selbst die Position des Sicherungseigentümers bzw Sicherungszessionars in der Einzelzwangsvollstreckung auf jene eines Pfandgläubigers, dh auf ein Recht auf vorrangige Befriedigung, beschränken möchte. Vgl dazu oben III.B.2. unter 5. mit FN 800.

wenn die Grenzen im Ergebnis wohl eng zu ziehen wären). In der bisherigen österreichischen Diskussion, die wie erwähnt primär aus der Perspektive des Schuldnerschutzes geführt wird, hat dieser Aspekt bislang keine Rolle gespielt. Ja es ist sogar fraglich, ob solchen Dritten überhaupt die Aktivlegitimation zur Geltendmachung einer derart konstruierten Sittenwidrigkeit zuerkannt würde.[888] Praktisch gesehen ist allerdings zu beachten, dass sich das Bedürfnis solcher Gläubiger nach dinglicher Sicherung keinesfalls ohne Mitwirkung des Sicherungsgebers (Schuldners) verwirklichen ließe; und diesem käme die Aktivlegitimation zur Geltendmachung einer Sittenwidrigkeit wegen Übersicherung jedenfalls zu.

2. Im Falle **nachträglicher Übersicherung** nehmen die wenigen bisher vorliegenden literarischen Stellungnahmen in Anlehnung an jüngere deutsche Judikatur[889] einen **Freigabeanspruch** des Sicherungsgebers an. Dieser wird auch ohne spezielle Vereinbarung mittels ergänzender Vertragsauslegung aus der Sicherungsabrede gewonnen, da der überschießende Sicherungswert zur Verwirklichung des maßgebenden Sicherungszwecks nicht mehr benötigt werde. Die Freigabe hat auf Verlangen des Sicherungsgebers zu erfolgen.[890] Auch hier steht also der Schuldnerschutz im Vordergrund; Dritte profitieren allenfalls mittelbar über Initiative des Sicherungsgebers. Einzelheiten, insbesondere ab welchem Grad an Übersicherung eine Freigabeverpflichtung einzusetzen hat, sind mangels einschlägiger Judikatur höchst unsicher. *Iro* greift als Anhaltspunkt auf das ursprünglich vereinbarte Übersicherungsausmaß zurück, das im Sinne einer Art subjektiver Äquivalenz erhalten bleiben solle, daneben verweist er auch hier auf § 1374 ABGB.[891] Er vertritt im Übrigen, den Freigabeanspruch nicht auf nicht-akzessorische Sicherheiten wie die Sicherungszession zu beschränken, sondern auch bei Pfandrechten anzuerkennen.[892]

888 Vgl OGH 1 Ob 406/97f, SZ 71/154, wo der Einwand einer sittenwidrigen Knebelung bzw Übersicherung nur dem Zedenten zugestanden wird (»relative Nichtigkeit«). *Karollus,* ÖBA 1999, 327 (327 f) weist zwar darauf hin, dass von einer Übersicherung auch die Gläubiger des Zedenten betroffen seien und dies dafür sprechen könne, dass auch die Gläubiger sich auf die Nichtigkeit berufen können müssten. Im Ergebnis pflichtet er – von einer geltungserhaltenden Reduktion ausgehend – allerdings dem OGH bei, da die Auswahl jener Zessionen, die als noch tolerierbare Sicherheit bestehen bleiben sollen, letztlich im Rechtsverhältnis zwischen Zedent und Zessionar geklärt werden müsse.

889 BGH GSZ 1 und 2/97, BGHZ 137, 212. Vgl unten IV.A.2.b.(ii.).

890 Siehe insbesondere *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht I² 144 ff (Rz 1/278 ff); *Wiesinger,* Kreditsicherung 106 ff; *Böhler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht VIII² 108 f (Rz 1/170 ff). Eine Freigabeverpflichtung kann daneben natürlich vertraglich vereinbart werden, vgl Z 52 ABB 2000/2003.

891 Siehe *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht I² 146, 148 (Rz 1/282, 1/285).

892 *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht I² 147 (Rz 1/283); aA möglicherweise *Wiesinger,* Kreditsicherungsrecht 110, der (allerdings zur ursprünglichen Übersicherung) von Wertungsunterschieden in Hinblick auf das Prinzip der ungeteilten Pfandhaftung ausgeht.

3. Allgemein festhalten lässt sich allerdings, dass das Übersicherungsproblem sehr wesentlich ein solches der Sicherung durch **Vollrechtsübertragung** ist.[893] Dies betrifft grundsätzlich alle hierdurch beeinträchtigten Interessen, jene des Sicherungsgebers ebenso wie die seiner weiteren Gläubiger, sowie die Phasen bei und auch nach Vertragsschluss. Ließe sich im Rang nach der ersten, übermäßigen Sicherheit eine weitere begründen, könnte der Schuldner die bereits belasteten Vermögenswerte nochmals als Kreditunterlage heranziehen. Umgekehrt könnten sich andere Sicherungsinteressenten den materiell freien Vermögensanteil zum Zweck bevorzugter Befriedigung sichern. Wäre das Recht des ersten Gläubigers auf ein bloßes Befriedigungsrecht beschränkt, könnten ungesicherte Gläubiger im Ausmaß der Überdeckung im Wege der Einzelzwangsvollstreckung auf das Sicherungsgut zugreifen.

(ii.) Kollision von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt

Die zweite Fragestellung betrifft die Kollision einer älteren Sicherungsglobalzession mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt: Der Sicherungsgeber hat zunächst zB alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus dem ordentlichen Geschäftsbetrieb sicherungshalber an seine Bank abgetreten; später erwirbt er von einem Lieferanten Waren unter der Abrede, die Kaufpreisforderungen aus der Weiterveräußerung dieser Waren zur Sicherung seiner eigenen Kaufpreisschuld an den Vorbehaltsverkäufer zu zedieren. Die österreichische Diskussion orientiert sich stark an jener in Deutschland, wo der BGH in ständiger Rechtsprechung judiziert, die Globalzession sei **sittenwidrig** und damit nichtig, wenn sie nach dem Willen der Vertragsparteien auch solche Forderungen umfassen soll, die der Kreditnehmer aufgrund eines branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalts an seinen Lieferanten abtreten müsse. Denn der Kreditnehmer wäre ansonsten gezwungen, entweder de facto auf Warenlieferungen zu verzichten oder fortgesetzt gegen die Einkaufsverträge mit seinen Lieferanten zu verstoßen, möglicherweise auch strafbare Handlungen zu begehen (»Vertragsbruchtheorie«).[894]

Diese Radikallösung des Kollisionsproblems über Annahme der Sittenwidrigkeit der früheren Global-Sicherungszession hat in Österreich keine Anhängerschaft gefunden. Hauptargument der hA ist das im österreichischen Recht vorherrschende Publizitätserfordernis: Die Sicherungsglobalzession der Bank muss,

893 Vgl zum deutschen Recht *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 286 f.

894 Grundlegend BGH VII ZR 19/58, BGHZ 30, 149 (insb 153). Weitere Nw bei *G.H. Roth/Kieninger* in Münchener Kommentar BGB III[8] (2019) § 398 Rn 143 ff, Kritik ebendort Rn 154 ff; *Fischinger* in *Staudinger* (Begr), BGB (2021) § 138 Rn 477 ff; *Beckmann* in *Staudinger* (Begr), BGB (2014) § 449 Rn 165 ff; kritisch zur Methode, nicht aber im (grundsätzlichen) Ergebnis jüngst *Hoffmann,* Rangordnung und Rechtsfortbildung im Kreditsicherungsrecht – Zur Kollision von Kreditsicherheiten, AcP 220 (2020) 377 mwN.

um überhaupt wirksam zu sein, Dritten gegenüber durch Buchvermerk oder Drittschuldnerverständigung erkennbar gemacht werden. Ist dies erfolgt, könne der spätere Vorbehaltsverkäufer über deren Bestehen nicht mehr getäuscht sein; er habe es selbst in der Hand, Bucheinsicht vorzunehmen bzw Drittschuldner zu befragen. Damit entfällt der auf einen Zwang zur Täuschung des Warenlieferanten gründende Sittenwidrigkeitsvorwurf gegenüber dem Globalzessionar.[895] Ergänzend wird gegen die Annahme von Sittenwidrigkeit auch darauf hingewiesen, der Sicherungsgeber könne die vom Geldkreditgeber erhaltenen Mittel ja auch zur Tilgung seiner Kaufpreisverbindlichkeiten verwenden.[896] Auch der Gesichtspunkt einer übermäßigen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kreditnehmers vermöge das Sittenwidrigkeitsverdikt im Allgemeinen nicht zu rechtfertigen.[897] Im Ergebnis gilt somit das allgemeine Prioritätsprinzip: Der erste Zessionar, hinsichtlich dessen sämtliche Voraussetzungen für eine wirksame Sicherungszession verwirklicht sind, setzt sich durch.

Dem ist de lege lata auch vom hier vertretenen Standpunkt aus ohne weiteres zuzustimmen. Anzumerken ist aber, dass – wohl auch gerade wegen der Fokussierung der Diskussion auf den Radikalansatz der Sittenwidrigkeit – ein rechtspolitischer Diskurs über die »optimale Lösung« des Konflikts zwischen Waren- und Geldkreditgeber in Österreich bislang nicht entstanden ist.

D. Eigentumsvorbehalt

Der Eigentumsvorbehalt, wiewohl gesetzlich nicht geregelt, ist als Instrument einer dinglichen Sicherung der Kaufpreisverbindlichkeit in Österreich seit Langem etabliert.[898] Grundlagen und Grenzen scheinen im Wesentlichen gefestigt; neuere Entwicklungen haben sich – in den für diese Arbeit relevanten Bereichen[899] – in

895 Näher jüngst *Wiesinger,* Kreditsicherung 121 ff; vgl ferner *Beig,* Zession 38 f; *Fitz,* ÖJZ 1973, 595 (600).

896 Vgl abermals *Wiesinger,* Kreditsicherung 122.

897 *Beig,* Zession 39.

898 In seiner heutigen Form seit dem Plenissimarbeschluss des OGH vom 23. 5. 1916, Präs 176/16, AmtlSlgNF 1.712 = JB 246; hierzu und zur vorangegangenen Entwicklung oben II.B.6.b. unter 2.

899 Ausgeklammert bleibt hier etwa die Frage, wie Fälle zu lösen sind, in denen sich die Parteien im Zeitpunkt der Sachlieferung über den (sofortigen oder aufgeschobenen) Übergang des Eigentums nicht einig sind. Zu diesem Bereich aus jüngerer Zeit ausführlich *Schoditsch,* Eigentumsvorbehalt und Insolvenz (Kernthese zusammengefasst oben in FN 574); in breiterem Kontext – zum Fehlen des erforderlichen Verpflichtungsgeschäfts – auch *G. Graf,* Eigentumsvorbehalt und kollidierende AGB – Korrektur eines Missverständnisses, in FS Welser (2004) 205. Ebenfalls beiseite stehen kann die für die »Erwerberseite« wesentliche und nach wie vor strittige Frage, ob der (weiterhin vereinbarungsgemäß zahlende) Käufer in der Verkäuferinsolvenz einem Rücktritt des Insolvenzverwalters nach § 21 IO ausgesetzt sein kann. Die wohl hL verneint dies mE zu Recht unter Hinweis auf die Aussonderungskraft des Käufer-

jüngerer Zeit kaum ergeben. Dafür regt sich in einer Grundsatzfrage leise, jedoch beständig, Kritik: Warum bedarf der Eigentumsvorbehalt als einziges dingliches Sicherungsrecht keiner Publizität? Diese Frage wird in der Folge als erste aufgenommen, zumal der Publizitätslosigkeit oder Publizitätspflicht des Eigentumsvorbehalts – oder breiter gesprochen: von Sicherheiten für Anschaffungsfinanzierungen – in Überlegungen zur künftigen Entwicklung des Mobiliarsicherungsrechts eine zentrale Rolle zukommt. Diese Perspektive determiniert auch die weitere Auswahl der im Folgenden behandelten Fragen: Kurz angesprochen werden Aspekte der Geltendmachung sowie solche verschiedener Erweiterungsformen der Verkäufersicherheit. In diesem Kontext nehmen abermals Publizitätsfragen eine oft zentrale Stellung ein.

1. Zur Rechtfertigung der Publizitätslosigkeit des Eigentumsvorbehalts

Der rechtshistorische Abriss in Kapitel II hat ergeben, dass aus der Kodifikationsgeschichte des ABGB eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob und allenfalls warum sich eine publizitätslose Sicherung der Kaufpreisforderung durch Belassen des Eigentumsrechts beim Verkäufer mit den Publizitätsanforderungen beim Pfandrecht verträgt, nicht dokumentiert ist. Die Frage wurde auch lange Zeit nach Inkrafttreten des ABGB offenbar nicht als solche wahrgenommen.[900] Im Zuge der Vorarbeiten zum deutschen BGB wurde die Frage der Kompatibilität mit den Faustpfandvorschriften hingegen sehr wohl gesehen und diese anfangs durchaus in Zweifel gezogen. Unter dem Druck wirtschaftlicher Bedürfnisse hat man die Zulässigkeit dann jedoch mit in dogmatischer Hinsicht eher dürftigen Argumenten bejaht und ist einer tiefgehenden Prüfung der Frage letztlich aus dem Weg gegangen.[901]

a. Versuch einer kritischen Würdigung

Diese Diskussion wird in der österreichischen Lehre erst später aufgenommen. Trotz kritischer Zwischenrufe[902] steht die Stoßrichtung, für die es Argumente zu

---

Anwartschaftsrechts oder darauf, dass der Verkäufer sich seiner Dispositionsfreiheit über das Eigentum bereits begeben habe; vgl *Kepplinger,* Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, ZIK 2000, 110 (112 f); *dies,* Synallagma 321 f; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 176 ff; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger,* Insolvenzrecht I^4 § 21 KO Rz 11; aA jüngst *Widhalm-Budak* in *Konecny,* Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 199 ff mwN.

900 Siehe oben II.B.6.b. mit Auswertung älterer Judikatur bis zur Grundsatzentscheidung zum Eigentumsvorbehalt heutigen Zuschnitts im Jahr 1916.

901 Hierzu oben II.B.6.a.

902 So ortet *Gschnitzer* in der gegensätzlichen Behandlung von Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt eine »gewisse Inkonsequenz«, werde doch in beiden Fällen das Faustpfandprin-

entwickeln gilt, wohl von Anfang an fest: Der Eigentumsvorbehalt ist inzwischen zu einem festen und als unverzichtbar empfundenen Bestandteil des Wirtschaftslebens geworden; anders als in der bekannten publizitätslosen Form scheint er nicht wirklich vorstellbar. Die hA führt zu seiner Absicherung denn auch ein ganzes Arsenal an Argumenten ins Treffen.[903] Diese betreffen den »einfachen«, lediglich die Kaufpreisforderung sichernden Eigentumsvorbehalt. Sie beziehen sich zum Teil auf genuine Besonderheiten dieses Sicherungsinstruments, zum Teil wird auf Unterschiede zu Pfandrecht und Sicherungsübereignung verwiesen, die eine Verschiedenbehandlung in Bezug auf Publizitätsanforderungen rechtfertigen sollen. Wie angedeutet werden diese Argumente freilich nicht von allen als vollends befriedigend empfunden.[904] In der Tat wird bei näherem Hinsehen deutlich, dass die vorgebrachten Gründe im Einzelnen wie in Summe nicht über jeden Zweifel erhaben sind.[905] Die im Folgenden vorgetragene Kritik soll für den

---

zip umgangen; siehe *Gschnitzer,* Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts – Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz[1] (1963) 26.

903 Siehe mit Nuancen im Einzelnen und unterschiedlichem Grad an Vollständigkeit *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2[2] 461 ff; *Koziol,* Zu Fragen des Eigentumsvorbehaltes, QuHGZ 1970, 71; *Aicher* in *Rummel/Lukas,* ABGB[4] § 1063 Rz 33; *Spitzer/Told* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB VI[5] (2021) § 1063 Rz 21; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 285 (Rz 4/10); vgl auch *Welser/Kletečka,* Grundriss I[15] 460 f (Rz 1317); *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (5); *Riedler,* Eigentumsvorbehalt, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Bankvertragsrecht IX[2] (2012) 243 (247, Rz 3/5); *Aigner,* Der Eigentumsvorbehalt (2015) 76 ff; zu einzelnen Punkten auch *Mayrhofer,* Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ÖJZ 1969, 197 (201 f); vgl auch *Schwartze* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang[3] (2019) § 1063 Rz 29. In der Folge werden meist nur einzelne Autoren stellvertretend angeführt. – Etwas problematisch ist der gelegentlich zu findende Verweis auf *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 165 ff: Auch er führt etliche der im Folgenden referierten Argumente auf, die wesentliche Unterschiede zwischen Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum aufzeigen; er tut dies allerdings nicht etwa, um die publizitätslose Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts zu untermauern, sondern um die Berechtigung des Vorbehaltseigentümers zur Exszindierungsklage nach § 37 EO darzutun, die er dem Sicherungseigentümer nicht zubilligen möchte (dazu oben III.B.2. unter 5.).

904 Dezidiert kritisch *Aichinger,* ZfRV 2010, 273; zum Teil wortgleich *Aichinger,* Der Eigentumsvorbehalt und seine Zukunft – In Österreich, England, Frankreich und der Schweiz (2009) 207 ff; *Harrer,* Sicherungsrechte 122 ff; an der Überzeugungskraft der seitens der hA vorgebrachten Argumente zweifelnd *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1389 f); *Ch. Rabl,* Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, in FS Bucher (2009) 611 (614 mit FN 13); *ders,* Die Verarbeitungsklausel beim Eigentumsvorbehalt, in FS Koziol (2010) 341 (345 mit FN 6); *F. Schwind* in *F. Schwind,* Europarecht 61 (64 f); ferner *Iro,* Sachenrecht[5] (2013) 165 (Rz 8/2: »problematisch«; weniger kritisch *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] 172 [Rz 8/2]: »Spannungsverhältnis«); *Mayrhofer,* Kreditsicherung 8 (»offensichtliche Verletzung des Faustpfandprinzips«); *Rechberger,* Kreditsicherungsmittel – Wunsch und Wirklichkeit, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II (2005) 43 (61 f: »Wertungswiderspruch«); ferner *Kaller,* Sicherungszession 31 (auch Eigentumsvorbehalt müsse offenkundig sein).

905 Für eine ausführlichere Präsentation der nachfolgenden Überlegungen siehe *W. Faber,* Eigentumsvorbehalt und Publizität – Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz, ALJ 2015, 212; antikritisch *P. Bydlinski,* Replik auf Wolfgang Faber – Ergänzende Bemerkungen zum vereinbarten Eigentumsvorbehalt und dessen »Wirksamkeit«, ALJ 2015, 247. Die Ausführungen von *P. Bydlinski* beziehen sich allerdings von vornherein nicht auf das hier sowie im zitierten Beitrag verfolgte Anliegen, die mangelnde Überzeugungskraft jener

Gedanken der Gleichbehandlung funktional äquivalenter bzw einander in maßgebenden Aspekten – hier der Sicherungsfunktion – zumindest äußerst nahestehender Rechtsinstitute sensibilisieren,[906] auf den in späteren Teilen der Arbeit zurückzukommen ist.[907]

1. So wird zugunsten der publizitätslosen Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts vorgebracht, dass **nicht bereits vorhandenes Vermögen** dem Haftungsfonds **entzogen,** sondern nur eine neu hinzukommende Sache nicht dem allgemeinen Zugriff ausgesetzt werde.[908] Diese Begründung scheint zunächst dem relativ naheliegenden Einwand ausgesetzt, dass im Falle ratenweiser Kaufpreiszahlung das Käufervermögen aber immerhin durch den laufenden Kaufgeldabfluss geschmälert wird, der Käufer hingegen erst mit vollständiger Tilgung der Kaufpreisschuld Eigentümer werde und damit bis zu diesem Zeitpunkt sehr wohl eine Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger des Erwerbers vorliege.[909] Dieser Einwand greift allerdings etwas zu kurz: Zwar fließen beim Käufer vorhandene Barmittel tatsächlich sukzessive »in die Sache« und besteht die volle Zugriffsmöglichkeit auf das Vorbehaltsgut tatsächlich erst mit Vollzahlung, doch repräsentiert in der Zwischenzeit das dem Vorbehaltskäufer zustehende Anwartschaftsrecht einen auf das Volleigentum an der Kaufsache noch »fehlenden« Vermögenswert. Setzt man für die Bewertung des Anwartschaftsrechts simplifizierend am Verhältnis der bereits geleisteten Zahlungen zur Restverbindlichkeit an,[910] stellt sich die Anschaffung aus Sicht dritter Gläubiger in der Tat quasi als Nullsummenspiel dar.[911] Das gilt grundsätzlich auch in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers, wenn der Insolvenz-

---

Argumente der hL herauszuarbeiten, die entscheidende Unterschiede im Publizitätsbedarf zwischen Eigentumsvorbehalt und sonstigen Sicherungsrechten darzutun versuchen.

906 Insoweit reden die in FN 905 zitierten Beiträge von *W. Faber* und *P. Bydlinski* gewissermaßen »aneinander vorbei« und bedienen mit einem funktionalen Ansatz einerseits und konstruktiven Grundüberlegungen andererseits *(P. Bydlinski* aaO rekurriert zentral auf Grundlagen der Übereignungslehre) zwei völlig verschiedene Ebenen.

907 Siehe insbesondere zu Buch IX DCFR unten V.B.1. und V.B.3.a.; vgl auch *W. Faber,* ALJ 2015, 212 (236 ff).

908 Vgl zB *Welser/Kletečka,* Grundriss I[15] 461 (Rz 1317); *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2[2] 463, der diesen Aspekt für sich alleine allerdings für »verhältnismäßig schwach und formal« erachtet; *Koziol,* QuHGZ 1970, 71 (72). Der Gedanke begegnet (zum Pfandrechtsvorbehalt) im Übrigen bereits bei *Bähr,* KritV 32 (1890) 367 (371).

909 Siehe die Kritik bei *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1389 f).

910 Dabei wird (um dem vorgebrachten Nicht-Entzugs-Argument möglichst entgegenzukommen) mit der Unterstellung operiert, dass eine allfällige Verwertung des Anwartschaftsrechts mit einem derartigen Erlös im Regelfall tatsächlich möglich ist. Das wird freilich zweifelhaft sein.

911 In Bezug auf Exekutionsgläubiger des Vorbehaltskäufers ist zu beachten, dass diese wie im Text diskutiert natürlich in noch vorhandenes Barvermögen und in das Anwartschaftsrecht vollstrecken können, praktisch allerdings das Problem auftreten kann, dass mangels Kenntnis vom Eigentumsvorbehalt zunächst eine – infolge Drittwiderspruchsrechts des Vorbehaltsverkäufers (§ 37 EO) erfolglose – Exekution in die Kaufsache versucht wird. Im Zuge solcher letztlich fruchtloser Exekutionsversuche kann der betreibende Gläubiger durchaus Nachteile erleiden.

verwalter statt Vertragserfüllung gemäß § 21 IO den Rücktritt wählt: In diesem Fall geht zwar der Wert der Anwartschaft verloren, dafür sind nach zutreffender Auffassung bereits gezahlte Kaufpreisanteile an die Masse zurückzugewähren,[912] sodass der Befriedigungsfonds für die restlichen Gläubiger wieder in etwa gleichbleiben sollte.[913] In Hinblick auf die behauptete Relevanz des Nicht-Entzugs-Arguments für die Publizitätspflicht irritiert jedoch noch etwas anderes: Derselbe Gedanke des näherungsweisen Gleichbleibens des Haftungsfonds trotz Sicherungsbestellung müsste ja – Drittpfandbestellung ausgenommen – jedenfalls bei Investitionskrediten sehr weitgehend ebenfalls einschlägig sein: Wer eine vorhandene Sache als Pfand weggibt, um Kreditmittel zu erhalten, füllt den Haftungsfonds durch diese Mittel und/oder das damit angeschaffte Investitionsgut wieder auf. Beides steht dem Gläubigerzugriff offen wie zuvor die nunmehrige Pfandsache. Dennoch wird hier Publizität verlangt, beim Eigentumsvorbehalt jedoch nicht. Als Differenzierungsgesichtspunkt für Publizitätsanforderungen scheint das Argument daher ungeeignet.

2. Gleiches gilt für die Paraphrasierung des oben diskutierten Arguments dahingehend, Gläubiger des Vorbehaltskäufers stünden durch den Eigentumsvorbehalt **nicht schlechter als bei einem Barkauf.**[914] Auch dieser Ansatz gründet ja darauf, dass an die Stelle eines schon vorhandenen Vermögenswerts (Barmittel)

---

912 Dieses Ergebnis erscheint vor dem Hintergrund herrschender Insolvenzrechtsdogmatik zunächst freilich gar nicht so selbstverständlich: Nur eine – freilich wohl im Vordringen begriffene – Mindermeinung geht nämlich davon aus, dass der Rücktritt des Insolvenzverwalters nach § 21 IO wie etwa ein Rücktritt nach § 918 ABGB schuldrechtlich ex tunc wirke und damit Bereicherungsansprüche nach § 1435 ABGB (hier: der Masse auf Rückzahlung bereits geleisteter Kaufpreisteile) auslöse; so insbesondere *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 541 f FN 517; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger,* Insolvenzrecht I⁴ § 21 KO Rz 24 mwN; *Perner* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO (2019) § 21 IO Rz 41 ff (insb Rz 45); im Kontext des Eigentumsvorbehalts in jüngerer Zeit auch *Riedler,* Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904 (911 f); *ders* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 263 f (Rz 3/29); vgl auch schon *Mayrhofer,* Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966) 122. Die hA nimmt dagegen an, dass der Rücktritt nach § 21 IO (weil der Vertrag aufrecht bleibe) keine Rückforderungsansprüche bezüglich bereits erbrachter Leistungen auslöse, jeder Teil somit das ihm Geleistete behalte; idS etwa *Widhalm-Budak* in *Konecny,* Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 288 ff, 308 f mwN; aus der Rsp OGH 1 Ob 100/66, SZ 39/147 und darauf aufbauend RIS-Justiz RS0064493. Auch diese Auffassung müsste allerdings Rückgewähransprüche der Masse für bereits geleistete Kaufpreiszahlungen insoweit anerkennen, als sie der Masse Bereicherungsansprüche zubilligt, wenn der Vertragspartner (Vorbehaltsverkäufer) auf ihre Kosten bereichert ist – wovon mit Rückstellung der Kaufsache nach Aussonderung durch den Vorbehaltsverkäufer auszugehen wäre.

913 Ausgeklammert bleibt hier die praktisch denkbare Konstellation, dass der Vorbehaltsverkäufer durch Aufrechnung mit seinem durch den Rücktritt entstandenen Schadenersatzanspruch (§ 21 Abs 2 IO) gegen den Rückforderungsanspruch der Masse Letzteren stark herabmindert oder gänzlich tilgt.

914 Erwähnt bei *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 463; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 167 (zu § 37 EO); referiert bei *Aichinger,* ZfRV 2010, 273 (274).

ein anderer (die Kaufsache) tritt und die Summe der dem Gläubigerzugriff offenstehenden Werte gleichbleibt. Und noch ein weiteres Argument gerät angesichts der oben ausgeführten Überlegungen in Schwierigkeiten; nämlich jenes, die Gläubiger würden durch den Vorbehaltskauf sogar besser gestellt, weil der Erwerber durch die Möglichkeit, den Kaufgegenstand wirtschaftlich zu nutzen, in die Lage versetzt werde, seinen **bestehenden Haftungsfonds zu vergrößern.**[915] Auch hier ist nicht einzusehen, warum dieser Gesichtspunkt nur dem Warenkreditgeber zu einer publizitätslosen Sicherheit verhelfen sollte, nicht hingegen dem Geldkreditgeber, der gegen Pfandbestellung einen Investitionskredit gewährt. Ähnliches gilt für den bisweilen erwähnten Gesichtspunkt, dem Verkäufer, der zur Vorleistung an sich nicht verpflichtet wäre, sollten **für sein Entgegenkommen keine Nachteile entstehen.**[916] Denn auf solch allgemeine Fairness-Erwägungen müssten sich alle Vorleistenden unter Einschluss ungesicherter Kreditgeber in grundsätzlich gleichem Maße berufen können.

3. Der Vorleistungsaspekt begegnet daher aus guten Gründen typischerweise in anderem Gewand: Der Eigentumsvorbehalt führe trotz Vorleistung des Verkäufers in Gestalt der Sachübergabe zu einer **möglichst weitgehenden Annäherung an das Zug-um-Zug-Prinzip** (§ 1052 ABGB), indem zumindest das Eigentum dem Käufer erst dann verschafft wird, wenn er den Kaufpreis vollständig entrichtet.[917] In seinem angestammten Kontext, dem Kaufrecht, also auf einer schuldrechtlichen Ebene, wirkt dieses Argument überzeugend. Seine Überzeugungskraft relativiert sich jedoch, wenn man – worauf es für Publizitätsanforderungen im Vergleich mit anderen dinglichen Sicherungsrechten wohl ankommen muss – die Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts ins Auge fasst: Das vorbehaltene Eigentum sichert einen Verkauf auf Kredit. Die Sicherung endet mit vollständiger Zahlung. Das unterscheidet sich in nichts von der Sicherung einer Kreditverbindlichkeit durch Pfand. Auch das Pfandrecht endet mit vollständiger Zahlung. Soweit es um das Bestehen einer dinglichen Sicherung geht, die beim Pfandrecht (und Sicherungseigentum) nach österreichischem Recht eben publizitätsgebunden ist, liegt auf dieser – sachenrechtlichen – Ebene somit Gleichbehandlung nahe.[918]

4. Schließlich wird ein relevantes Differenzierungskriterium darin erblickt, dass (beim einfachen Eigentumsvorbehalt) das vorbehaltene Eigentum nur den Kaufpreis gerade der als Sicherungsgut fungierenden Sache sichere, wohingegen

915 Als Argument zur Publizitätsfrage berichtet bei *Aichinger,* ZfRV 2010, 273 (274); vgl auch *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 166 f (zu § 37 EO); *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 77.

916 Wiederum referiert bei *Aichinger,* ZfRV 2010, 273 (274).

917 Näher etwa *Koziol,* QuHGZ 1970, 71 (73); *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 463 f; vgl auch *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 78 f.

918 Ähnlich im Ansatz *Ch. Rabl* in FS Bucher 611 (614 FN 13).

beim Pfandrecht oder im Fall einer Sicherungsübereignung typischerweise kein solcher **Zusammenhang zwischen gesicherter Forderung und Sicherungsmittel** bestehe.[919] *Franz Bydlinski* baut diesen Gedanken noch aus. Er sieht den Grund für die sicherungsrechtliche Privilegierung des Eigentumsvorbehalts letztlich in dem von *Wilburg* vor allem für konkursrechtliche Zusammenhänge herausgearbeiteten Gedanken der »**Wertverfolgung**«. Stammt ein Wert im Vermögen des Schuldners klar nachweislich aus dem Vermögen eines bestimmten Gläubigers, so sei es sachgerecht, diesem für seine Forderung an diesem Vermögenswert ein Vorrecht im Verhältnis zu anderen Gläubigern desselben Schuldners zuzuerkennen.[920] Wenngleich der Wertverfolgungsgedanke im geltenden Recht nur unvollkommen verwirklicht und mit Abgrenzungsschwierigkeiten behaftet sei, so könne doch umso weniger dagegen eingewendet werden, wenn die Parteien rechtsgeschäftlich eine Regelung träfen, die – diesem Gedanken entsprechend – dem Verkäufer als demjenigen, von dem die Sache stammt, an dieser ein dingliches Recht und damit ein Vorrecht für seine Kaufpreisforderung verschaffe. Dies umso mehr, als wegen der rechtsgeschäftlichen Regelung auch keine Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der Reichweite des Vorrechts auftreten könnten.[921]

Damit sind zunächst jedenfalls zwei zutreffende Beobachtungen benannt: Die Forderung steht mit dem Sicherungsmittel in einem besonderen Zusammenhang; der ursprünglich dem Verkäufer zustehende Vermögenswert setzt sich in der Kaufpreisforderung und wertmäßig gewissermaßen korrelierend in dem diese sichernden, nun auflösend bedingten Eigentum fort. Es ist auch richtig, dass sich vergleichbare Feststellungen in Bezug auf ein Pfandrecht für eine beliebige Forderung nicht treffen lassen. Nicht ganz so offensichtlich ist jedoch, warum diese Umstände ausgerechnet publizitätsrelevant sein sollten. Ließe man publizitätslose Pfänder und Sicherungseigentum zu: Man sähe einer im Besitz des Schuldners befindlichen Sache nicht an, ob sie eine Kaufpreisschuld, eine andere Schuld oder gar keine Schuld sichert (außer vielleicht, der Beobachter hat zusätzlich Kenntnis von dem Umstand, dass die Sache erst unlängst angeschafft worden ist, in welchem Fall ein Eigentumsvorbehalt vergleichsweise nahe liegen könnte). Der Wertverfolgungsgedanke impliziert ein Absehen von Publizitätserfordernissen nur insofern, als dann, wenn man seine Wirkung in der Insolvenz aus *Wilburgs* Gerechtigkeitserwägungen annimmt, sich hieraus zwangsläufig eine Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an sich ergibt, ohne die Publizitätsfrage selbst positiv gestellt zu haben.[922]

---

919 *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 285 (Rz 4/10); *Mayrhofer,* ÖJZ 1969, 197 (197); *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 463 f.

920 *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 464 f unter Rückgriff auf *Wilburg,* Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, 29.

921 *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 464.

922 Bezeichnenderweise ist *Wilburg,* der den möglichen Einwand der Publizitätslosigkeit gegen seine Wertvorrechtslehre voraussah, diesem Einwand mit einem Argument begegnet, das die

Man kann natürlich auch einen Schritt weiter gehen und die Legitimation des Wertverfolgungsansatzes für die Lösung der vorliegenden Rechtsfrage schon im Grundsatz infrage stellen. Ohne über *Wilburgs* Lehre im Allgemeinen urteilen zu wollen, seien hierzu folgende Beobachtungen als Diskussionsansätze festgehalten: *Wilburg* sieht als möglichen Einwand gegen seine Theorie deren Konflikt mit dem Grundsatz der *par conditio creditorum* voraus, dessen Ansehen sich darauf gründe, dass er sich gegen den »anarchischen Wettlauf unter den Gläubigern« des Schuldners wende. Diesem Einwand hält er entgegen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz eine »Verlegenheitsregel« darstelle, die einem stärkeren Prinzip – konkret dem der Wertverfolgung – eben weichen müsse.[923] Auch ein solch »stärkeres, innerlich begründetes Prinzip« muss natürlich das Problem bewältigen, dass das Vermögen des Schuldners nicht für die Ansprüche sämtlicher Gläubiger zureicht, und Kriterien bereitstellen, die über Schutz oder Verlust entscheiden. *Wilburgs* Kriterium besteht darin, dass ein Wert des Gläubigers in das Vermögen des Schuldners gelangt und dort (egal in welcher Gestalt) noch identifizierbar vorhanden ist.[924] Negativ und überspitzt formuliert: Ein Gläubiger unterliegt, anstatt vor einem »anarchischen Wettlauf« geschützt zu sein, deshalb, weil der gemeinsame Schuldner den von ihm erhaltenen Vermögenswert zufällig entweder schon früher aus- bzw weggegeben hat *(prior tempore, peior iure)* oder es nicht gelingen will, den zwar noch vorhandenen Wert als solchen des Gläubigers eindeutig zu identifizieren (normative Kraft des Möglichen). Der maßgebende Gerechtigkeitsgedanke verlagert sich weg von jenem, dem falschen Schuldner ungesichert kreditiert zu haben, und geht letztlich dahin, dass entscheidend sein soll, was dieser mit dem empfangenen Wert macht; allenfalls, ob dritte Gläubiger schon in der Lage waren, den empfangenen Wert zur Deckung ihrer eigenen Ansprüche aus dem Schuldnervermögen abzuziehen.[925]

Mit dieser – zugegebenermaßen ihrerseits einseitig-kritisch formulierten – Perspektive kommt dem Wertverfolgungsgedanken eigentlich wenig Überzeugungs-

Berechtigung des Publizitätsprinzips generell von Grund auf in Frage stellt: Ein Personalkreditgeber dürfe sich »auch nach geltendem Recht nicht auf das verlassen, was man äußerlich als Vermögen des Schuldners sieht. Der Kreditgeber kann nicht wissen, ob die Sachen die der Schuldner besitzt, wirklich ihm gehören, und ebenso weiß er nicht, wieviele andere Gläubiger möglicherweise mit ihm konkurrieren«. Siehe *Wilburg,* JBl 1949, 29 (30).

923 Siehe abermals *Wilburg,* JBl 1949, 29 (30).

924 *Wilburg,* JBl 1949, 29 (29). Als mögliche Gestalten des ins Schuldnervermögen gelangten Werts nennt er dabei beispielhaft den unmittelbar erlangten Gegenstand, den Erlös aus der Weiterveräußerung desselben sowie eine Ersparnis, die sich aus dem Verbrauch des Erlangten im Vermögen des Schuldners ergibt.

925 Im letzten Fall begegnet wieder der »archaische Wettlauf« der Gläubiger als normatives Prinzip, allerdings bezogen auf die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens: Der Gläubiger, »dessen« Wert aus dem Schuldnervermögen bereits abgezogen wurde, hat keine Aussicht auf bevorzugte Befriedigung. Andere, denen diese Möglichkeit noch offensteht, höhlen damit die Restmasse zum Nachteil der Übrigen aus.

kraft für die Entscheidung um Einräumung eines dinglich wirkenden Schutzes zu. Wie für andere dingliche Sicherungsrechte auch bleibt es dann aber wohl dabei, auf die Vereinbarung einer dinglichen Sicherung durch die Parteien und die Einhaltung vom Gesetz für solche Rechte allgemein vorgegebene Voraussetzungen abzustellen. Damit liegt nahe, dem Wertverfolgungsgedanken für die Frage, ob dem Eigentumsvorbehalt im Gegensatz zu anderen Realsicherheiten die Publizitätspflicht erspart werden soll, kein entscheidendes Gewicht beizumessen.

5. Es verbleiben im Wesentlichen Argumente, die eine Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts in seiner gewohnten – also publizitätslosen – Form quasi selbst voraussetzen. Hierher gehört insbesondere der Ansatz, dass die Gefahr der Täuschung Dritter geringer sei als bei einer publizitätslosen Verpfändung oder Sicherungsübereignung, weil im Verkehr **damit gerechnet werden muss**, dass Sachen unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden und der Kaufpreis nicht immer sofort entrichtet wird.[926] Dies lässt sich auf faktischer Ebene schwer bestreiten (empirische Daten liegen weder in die eine noch in die andere Richtung vor). In rein argumentativer Hinsicht leidet der Gedanke aber natürlich daran, dass das normativ ausgerichtete Ergebnis auf seiner eigenen Vorwegnahme aufbaut. *Mayrhofer,* dem der hier diskutierte Begründungsansatz häufig zugeschrieben wird, begründet die vergleichsweise leichte Feststellbarkeit des Eigentumsvorbehalts denn auch mit etwas abweichendem Gehalt: Beim Eigentumsvorbehalt seien die Geschäftspartner des Käufers (Schuldners) »durch Überprüfung der Rechnungen und Zahlungsbelege über den Ankauf der Sachen faktisch in der Lage, das Bestehen von Vorbehaltseigentum und dessen Erlöschen … festzustellen. Bei der Sicherungsübereignung (und auch bei der Verpfändung) haben die Gläubiger keine derartige Möglichkeit der Prüfung«.[927] Daran ist sicher richtig, dass anhand derartiger Unterlagen Existenz und Untergang eines Eigentumsvorbehalts überprüft werden können. Aber die Differenzierung scheint nicht allzu plausibel: Auch eine Pfandbestellungsurkunde schafft in Verbindung mit Rückzahlungsbelegen Klarheit über das Bestehen der Sicherheit. Jegliche Unterlagen bekommt der Drittinteressent aber nur zu Gesicht, wenn der Schuldner Einsicht gewährt. Warum er diesbezüglich beim Eigentumsvorbehalt signifikant großzügiger agieren sollte als bei Pfandbestellungen, ist nicht recht ersichtlich. *Riedler* weist völlig zutreffend darauf hin, dass gerade in Fällen des gestuften Warenabsatzes ein Verkäufer regelmäßig wenig Antrieb verspüren wird, seine Einkaufsquellen und Einkaufsrechnungen offenzulegen, um damit seine Gewinnspanne bekanntzugeben[928] und

926 Statt vieler etwa *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 285 (Rz 4/10); *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 462. Kritisch hingegen *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 78.
927 *Mayrhofer,* ÖJZ 1969, 197 (202); zustimmend *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 461 f.
928 *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1389).

dem Abnehmer vielleicht auch gleich den Weg zu weisen, wie er sich diese durch künftigen Direktbezug allenfalls sparen könnte.

6. Die bisherige Erörterung zeigt, dass sich die österreichische Zivilrechtsdogmatik mit dem Postulat des vollständigen Entfalls von Publizitätsanforderungen beim (einfachen) Eigentumsvorbehalt nach wie vor nicht wirklich im Reinen befindet. Dies gilt es für die spätere Diskussion künftiger Entwicklungsoptionen festzuhalten. Indes nimmt die vorstehende kritische Diskussion nicht für sich in Anspruch, de lege lata die zur hA gegenteilige Lösung zu begründen und den Eigentumsvorbehalt im geltenden Recht etwa von der Anbringung von »Vorbehaltszeichen« in Anlehnung an § 452 ABGB abhängig zu machen.

Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass der **Gesetzgeber** den Eigentumsvorbehalt in seiner praktisch geübten und von Rechtsprechung und hL seit Jahrzehnten anerkannten Form bei verschiedenen Gelegenheiten **als wirksam vorausgesetzt** und damit auch auf gesetzlicher Ebene legitimiert hat.[929] Darüber hinaus lägen wohl alle Voraussetzungen für eine Anerkennung durch Gewohnheitsrecht vor.[930] Von einem unionsrechtlichen Gebot der publizitätslosen (Dritt-)Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts wird man trotz Erwähnung des Eigentumsvorbehalts in der Zahlungsverzugs-RL und der EuInsVO hingegen nicht ausgehen können.[931]

7. Ein Aspekt ist allerdings noch zu ergänzen, und zwar der Umstand, dass der publizitätslos mögliche Eigentumsvorbehalt im jüngeren Schrifttum unter ökonomischen Gesichtspunkten rechtspolitische Kritik erfahren hat. Namentlich *Harrer* ortet als Konsequenz des geltenden Rechts eine **Spaltung des Marktes** und eine **Diskriminierung der Geldkreditgeber**, denen bei Anschaffungsfinanzierungen nicht »das Privileg, mit einem publizitätslosen Sicherungsinstrument, nämlich dem Eigentumsvorbehalt, zu arbeiten« zukomme. Er regt die Schaffung eines Mobiliarsicherheitenregisters an, in welches auch der Eigentumsvorbehalt einzubeziehen wäre. *Aichinger,* der zuletzt den Eigentumsvorbehalt in Österreich mit

---

929 Vgl etwa § 297a ABGB; § 224 IO; § 81d BWG; vgl vormals auch § 10 Abs 1 Z 9 RatenG und § 24 Abs 1 Z 9 KSchG. Vgl im Übrigen bereits *Mayrhofer,* ÖJZ 1969, 197 (202); *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2[2] 452; vgl auch *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 79.

930 Vorsichtig in diese Richtung etwa *Ch. Rabl* in FS Bucher 611 (614 f).

931 Zu Art 4 Zahlungsverzugs-RL 2000/35/EG (nunmehr Art 9 Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU) vgl EuGH Rs C-302/05, *Kommission/Italien,* insb Rn 27 und 30: Die Bedingungen für die Gültigkeit der Eigentumsvorbehaltsklausel sowie die Voraussetzungen für die Drittwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts richten sich nach dem anwendbaren nationalen Recht, auf das Art 4 Abs 1 der RL verweist. In diesem Sinne etwa auch *Wohlgemuth,* Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitenrechts (2005) 69 ff; *Kieninger,* Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008) 182 (184 f). Zu Art 7 EuInsVO (EG) 1346/2000 zB *Lüer* in *Uhlenbruck/Hirte/Vallender* (Hrsg), InsO[14] (2015) Art 7 EuInsVO Rn 5 mwN.

rechtsvergleichender Perspektive umfassend untersucht hat, folgt in der Kritik und im eingeschlagenen Lösungsweg.[932]

b. Folgewirkungen: Anerkennung des Pfandrechtsvorbehalts etc

Die oben erörterte Zulassung des publizitätslosen »einfachen« Eigentumsvorbehalts durch die hA hat im Schrifttum vereinzelt Folgeüberlegungen angeregt, publizitätslose dingliche Sicherungen in bestimmten Fällen auch über den Eigentumsvorbehalt hinaus anzuerkennen. In der Praxis finden diese Überlegungen soweit ersichtlich bislang keinen nennenswerten Widerhall. In Hinblick auf mögliche künftige Entwicklungen erscheinen sie aber durchaus von Interesse.

1. Den ersten Schritt setzt wie in Vielem *Franz Bydlinski,* der aus der Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts *a maiori ad minus* auf die **Zulässigkeit des Vorbehalts eines (publizitätslosen) Pfandrechts** an der Kaufsache für die konnexe Kaufpreisforderung schließt. Denn alle Argumente, die von der hA für den Eigentumsvorbehalt vorgebracht würden, treffen hier genauso zu.[933] In jüngerer Zeit ist *Riedler* diesem Ansatz ausdrücklich gefolgt.[934] Der Ansatz überzeugt.[935]

Ein wesentlicher konstruktiver wie praktisch relevanter Unterschied zum Eigentumsvorbehalt besteht in Folgendem: Das Pfandrecht sichert die Kaufpreisforderung unmittelbar (akzessorisch); der Eigentumsvorbehalt in seiner typischen Form dagegen nur mittelbar über Rücktritt und Rückforderung.[936] Der Verkäufer verliert damit bei Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts grundsätzlich seine im Kaufpreis enthaltene Gewinnspanne; ein auf Ersatz dieses Vertragsgewinns gerichteter Schadenersatzanspruch (§§ 918, 921 ABGB) ist durch die Sache nicht gesichert. Anders beim Pfandrechtsvorbehalt: Die Kaufpreisforderung bleibt aufrecht, sie wird zur Gänze durch das Pfand gesichert, das dem Verkäufer

---

932 *Harrer,* Sicherungsrechte 123 f; ähnlich *Harrer,* Modus der Besicherung, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II (2005) 113 (127 f); ihm folgend *Aichinger,* ZfRV 2010, 273 (275, 282 ff); *ders,* Eigentumsvorbehalt 208 f, 226 ff.

933 *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 468 ff.

934 *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1386 f). Er spricht in diesem Zusammenhang statt vom »Vorbehalt« des Pfandrechts von einer – hier ausnahmsweise zulässigen – Bestellung durch »Besitzkonstitut«, was sich entgegen dem sonst üblichen Gehalt einer solchen Abrede auf die Zusage des Käufers beziehen wird, die Kaufsache, welche er bislang nicht besessen hat, bis zur Zahlung des Kaufpreises für den Verkäufer zu besitzen. Für die Wirksamkeit eines publizitätslosen Pfandrechtsvorbehalts auch *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 80 f (sofern die Pfandbegründung zeitgleich mit der Eigentumsübertragung erfolgt).

935 Und zwar auch dann, wenn man wie hier die von der hA vorgetragenen dogmatischen Gründe für die Publizitätslosigkeit des Eigentumsvorbehalts für wenig stichhaltig erachtet, die Zulässigkeit des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts aber aufgrund gesetzlicher Anerkennung als gesichert ansieht.

936 Vgl dazu alsbald unter III.D.2.

einen Anspruch auf vorrangige Befriedigung aus der Verwertung der verkauften Sache gibt. Einen durch den – typischerweise sukzessive sinkenden – Sachwert nicht gedeckten Forderungsanteil kann er allenfalls durch andere Sicherheiten befestigen.

2. Aus denselben Gründen, die nach hA den publizitätslosen einfachen Eigentumsvorbehalt rechtfertigen, wird in jüngerer Zeit zT auch eine nachträgliche publizitätslose Begründung von Sicherungseigentum, dh eine **Sicherheitsrückübereignung durch Besitzkonstitut**, zur Sicherung (nur) der Kaufpreisforderung aus der Anschaffung des Sicherungsgegenstands für zulässig erachtet.[937] Mit analoger Begründung werden Stimmen laut, die bisher herrschende Ablehnung[938] eines **nachträglichen**, also erst nach Sachübergabe an den Käufer und Eigentumserwerb durch diesen vereinbarten **Eigentumsvorbehalts** aufzugeben.[939]

2. Geltendmachung

Die folgenden Aspekte sind ebenfalls als Grundlage für später zu diskutierende Reformvorschläge zur Kreditsicherung bei Anschaffungsfinanzierungen anzusprechen. Sie berühren einerseits grundlegende dogmatische Fragen zur Kaufpreissicherung mittels Vollrecht; in praktischer Hinsicht betreffen sie die Geltendmachung des Sicherungsrechts. Die Ausführungen zum geltenden Recht können hier grundsätzlich kurz gehalten werden.

1. Als Instrument der Kaufpreissicherung ist der Eigentumsvorbehalt in seiner klassischen Form ein seltsames Konstrukt: Seine Geltendmachung erfolgt durch **Rücktritt** vom Kaufvertrag wegen Zahlungsverzugs[940] **und Rückforderung** der Sache kraft Eigentumsrechts; sie setzt also gerade die Vernichtung der zu sichernden Forderung voraus. Das vorbehaltene Eigentum sichert demnach im Grunde nicht die bestehende Verbindlichkeit der Kaufpreiszahlung, sondern die allenfalls künftig entstehende schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückstellung der Sache im Fall

937 So von *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1387 f). Dass *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2[2] 470, wie *Riedler* (aaO 1386) augenscheinlich meint, für diesen Sachverhalt (dh für die Sicherung nur der konnexen Kaufpreisforderung) das Gegenteil vertreten hätte, vermag ich nicht zu erkennen: *F. Bydlinski* diskutiert dort wohl nur die Sicherungsübereignung in ihrer typischen Form, also zur Sicherung einer anderen Forderung.

938 Vgl etwa *Apathy/Perner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[6] § 1063 Rz 8; *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] 173 (Rz 8/2); *Schwartze* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 1063 Rz 34, alle mwN. Ausführlich jüngst *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 128 ff.

939 *Ch. Rabl* in FS Koziol 341 (346, 358); *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1388 FN 102). Ebenso bereits ausführlich *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 136 ff (insb 138), dort (137 f) auch zu Unterschieden zur Sicherungsübereignung.

940 Gemäß § 918 ABGB oder aufgrund eines vertraglich besonders vereinbarten Rücktrittsrechts.

der durch Zahlungsverzug veranlassten Vertragsauflösung.[941] Die Kaufpreisforderung wird allenfalls mittelbar gesichert. Im Gedanken der Rücktrittsvoraussetzung zeigt sich deutlich das kaufrechtliche Erbe dieses Sicherungsinstruments.

Der konzeptionelle Unterschied zum Pfandrecht wurde zum Teil bereits angesprochen: Beim Pfandrecht bleibt die gesicherte Forderung auch im Verwertungsfall aufrecht; sie muss aufrecht bleiben, da die Pfandhaftung bei Aufhebung der Forderung nach dem Akzessorietätsgrundsatz ebenfalls beendet wäre. Die Pfandsache sichert damit (außer im Falle vertraglicher Beschränkung) immer die ganze Forderung, das vorbehaltene Eigentum dagegen grundsätzlich ein Minus, nämlich den gegenüber dem Kaufpreisanspruch jedenfalls um die Gewinnspanne verminderten Rückforderungswert.[942] Unterschiede bestehen neben jenen im Sicherungsumfang auch in der Wirkungsweise der jeweiligen dinglichen Rechtsposition: Die Pfandsicherung verschafft ein beschränktes dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung der gesicherten Forderung. Dieser Sicherungszweck begrenzt gleichsam nach unten und nach oben. Das Pfand deckt, soweit es zureicht, wie erwähnt nicht weniger als den bestehenden Umfang der besicherten Forderung; der Pfandgläubiger erhält aber auch niemals mehr als diese. Das Vollrecht hingegen berechtigt jedenfalls zur Sachherausgabe, in der Insolvenz zur Aussonderung. Für die Verwertung ist der Vorbehaltseigentümer grundsätzlich selbst verantwortlich. Als Eigentümer führt er sie auf eigene Rechnung durch. Ist der Wert der Kaufsache, etwa eines Rohstoffs oder vor der Ernte verkauften Agrarprodukts, seit dem Abschluss des Kaufvertrags infolge günstiger Marktentwicklung gestiegen und kann der Vorbehaltsverkäufer nach Rücknahme seines Eigentums nunmehr einen noch besseren Preis erzielen, kann er den Zusatzgewinn behalten (und muss ihn nicht etwa an die Insolvenzmasse des Käufers abführen). Er hat ja über sein Eigentum disponiert.

Diese Rechtsposition ist für den Vorbehaltsverkäufer allerdings nicht immer ideal. Er mag für die Rückholung Transportkosten aufwenden oder für eine Verwertung vor Ort durch Dritte sorgen müssen. Vor allem aber muss er sich entscheiden, ob er die gesicherte Forderung durch Geltendmachung des Rücktrittsrechts wirklich endgültig aufgeben möchte.

2. Eine vorschnelle Entscheidung für Rücktritt und Rückforderung erscheint oft nicht als beste Strategie.[943] Die Durchsetzbarkeit des Eigentumsvorbehalts kann anfangs in vielfacher Hinsicht zweifelhaft erscheinen. Das kann mit der

941 *Mayrhofer,* ÖJZ 1969, 197 (201).

942 Vgl im vorangehenden Kapitel III.D.1.b. unter 1. Dass der Rückforderungswert gegenüber dem Kaufpreisnominale ein Minus darstellt, wird hier als Regelfall unterstellt. Die Entwicklung kann im Einzelfall auch anders verlaufen, vgl gegen Ende dieses Absatzes.

943 Zum Folgenden vgl *Harrer,* Sicherungsrechte 99 f.

Frage beginnen, ob eine rechtswirksame Vereinbarung des Vorbehalts sich als nachweisbar erweisen wird; kann sich fortsetzen mit Ungewissheit darüber, ob die Sache überhaupt noch beim Schuldner vorhanden ist oder einer Aussonderung andere Hindernisse, etwa der erfolgte Einbau in eine unbewegliche Sache, entgegenstehen könnten; und schließlich mögen Zweifel darüber bestehen, ob angesichts des aktuellen Werts der Kaufsache im Verhältnis zur Höhe des offenen Forderungsrests deren Rücknahme unter Verzicht auf die Forderung sinnvoll ist. Aus solchen oder anderen Gründen kann es zweckmäßig erscheinen, sich beide Optionen offen zu halten. Tatsächlich ist es im Fall der Käuferinsolvenz üblich, dass der Verkäufer die Kaufpreisforderung anmeldet und sich die Option des Rücktritts weiterhin vorbehält. Auch außerhalb der Insolvenz ist es nicht unüblich, zunächst oder letztlich primär die Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs zu verfolgen.

Das bewirkt Schwierigkeiten auf verschiedenen Ebenen. Ein solcher Bereich, der die höchstgerichtliche Rechtsprechung seit über 100 Jahren immer wieder beschäftigt, betrifft die Frage, wie oder ab welcher Phase sich eine **Durchsetzung der Kaufpreisforderung auf dem Rechtsweg** auf ein gleichzeitiges Offenhalten der Sicherheit aus dem vorbehaltenen Eigentum auswirkt. Dahinter steht ein dogmatisch-konstruktives Problem: Erwirkt der Verkäufer für seinen Kaufpreisanspruch ein rechtskräftiges Urteil und wird im Zuge der Vollstreckung auf die Vorbehaltssache zugegriffen, führt dies zu einem (exekutiven) Pfandrecht des Verkäufers an seiner eigenen Sache. Dies ist beizeiten als völlig widersprüchlich erschienen; und zwar selbst dann, wenn die Exekution des Verkäufers auf die Sache letztlich wegen Unpfändbarkeit eingestellt wurde.[944] Auch weniger formal angelegte Entscheidungen kämpfen um eine tragfähige Trennlinie. Im früher bereits erwähnten, für den Eigentumsvorbehalt grundlegenden Plenissimarbeschluss vom 23. 5. 1916 führt der OGH aus, es könne zwar trotz allem »formell« ein richterliches Pfandrecht an eigener Sache erworben werden, wobei besonders an den Fall gedacht wird, dass der Verkäufer von der Exekutionsverstrickung gerade »seiner« Sache zunächst gar nichts weiß. Führe er aber bewusst in die eigene Sache Exekution oder »optiert er für das zufälligerweise erworbene richterliche Pfandrecht«, so verliere er das Rückforderungsrecht aus dem Eigentumsvorbehalt, denn er habe dann »klar und unzweideutig zu erkennen gegeben, die bisher eigene Sache als fremde zu behandeln«, somit auf sein Eigentumsrecht verzichtet.[945] Damit ist der

944 So OGH 5. 12. 1929, ZBl 48 (1930), 204/84 mit der sogleich im Text referierten Begründung, der Vorbehaltsverkäufer habe mit der Pfändung auf sein Eigentumsrecht verzichtet. Auch eine Anfechtung des »Verzichts« wegen Irrtums wird abgelehnt. Kritik und weitere Nw zu dieser Judikaturlinie bei *Klang* in *Klang,* ABGB II^2 312 FN 56.

945 OGH 23. 5. 1916, Präs 176/16, AmtlSlgNF 1.712 = JB 246. Zuvor war zum Teil judiziert worden, die Wahlmöglichkeit zwischen Verfolgung des Kaufpreisanspruchs und Rücktritt gehe bereits mit Erhebung der Kaufpreisklage verloren; so in OGH 10. 11. 1904, GlUNF 2.827.

auch heute noch verbreitete, freilich mit unterschiedlichen Ergebnissen zur Anwendung gebrachte Ansatz begründet, das konkrete Verhalten des Verkäufers im Zuge der Rechtsdurchsetzung daraufhin zu untersuchen, ob darin – aus Sicht des Käufers – eine konkludente Erklärung seines Willens zu erblicken sei, auf das vorbehaltene Eigentum zu verzichten.[946] Womit genau alle vernünftigen Gründe, am Verzichtswillen zu zweifeln, im Sinne von § 863 ABGB beseitigt sein sollen, wird allerdings einigermaßen unterschiedlich beantwortet: Oft ist es »die Exekutionsführung« in die eigene Sache[947] (aber welches Stadium?), was zuweilen zu einem Indiz bzw zu einer widerlegbaren Vermutung abgeschwächt wird;[948] für manche ist erst das Untätigbleiben nach Pfändung der eigenen Sache entscheidend,[949] wohingegen nach anderen gerade in Passivität keine Verzichtserklärung gesehen werden könne.[950] Die Lehre geht nun mit guten Gründen zunehmend davon aus, dass in einer Exekutionsführung des Verkäufers in die Vorbehaltssache kaum einmal ein konkludenter Verzicht auf das Eigentumsrecht erblicket werden könne und dass Eigentum und Pfandrecht in Wahrheit keineswegs begrifflich oder konzeptionell unvereinbar seien.[951]

Das vorstehende Referat illustriert nicht nur die nach wie vor bestehende Rechtsunsicherheit im Einzelfall; es belegt auch nochmals, dass Sicherungsinteresse und konstruktive Umsetzung beim Eigentumsvorbehalt einander im Ansatz nicht recht decken. Will der Vorbehaltsverkäufer, was legitim ist, seine Kaufpreisforderung zur Gänze in das Sicherungsgut vollstrecken, scheitert er, unterstellt man in irgendeinem Stadium der Exekutionsführung einen Verzicht auf sein Eigentumsrecht, wenn ihm inzwischen andere Gläubiger vorgehen.[952] Erst die neuere Lehre schafft zu einem gewissen Grad das, was man **funktional** als Anerkennung

946 Vgl etwa *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 195 ff mit besonderer Betonung der Empfangsbedürftigkeit und allenfalls auch Anfechtbarkeit dieser Willenserklärung. OGH 8 Ob 361/66, SZ 40/50; 7 Ob 768/78, SZ 52/63 uva. Kritischer Überblick zur Judikatur bei *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2[2] 638 ff.

947 OGH 8 Ob 361/66, SZ 40/50 und darauf aufbauend RIS-Justiz RS0020304.

948 Vgl OGH 4 Ob 63/30, SZ 12/47; 1 Ob 455/50, SZ 24/91.

949 *Harrer,* Sicherungsrechte 100; vgl auch *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.08] (2020) § 1063 Rz 36 (erst Geltendmachen des Interesses iSd § 368 EO führe zum Erlöschen des Eigentumsvorbehalts).

950 Vgl OGH 3 Ob 503/76 und 3 Ob 59/81, zitiert nach RIS-Justiz RS0014222: kein Verzicht anzunehmen, wenn sich der Berechtigte als betreibender Gläubiger »im Exekutionsverfahren rein passiv verhält, insbesondere aus seinem sonstigen Verhalten hervorgeht, dass er auf seinem Eigentumsrecht beharrt«.

951 Mit ausführlicher Begründung und Kritik der Rsp namentlich *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2[2] 638 ff (insb 644); ferner etwa *Aicher* in *Rummel/Lukas,* ABGB[4] § 1063 Rz 120; *Iro,* Das Factoringgeschäft, in *Avancini/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993) 192 f (Rz 2/77); *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 219 f, alle mwN.

952 So wenn bereits andere Gläubiger ein Pfandrecht an der Vorbehaltssache erwirkt haben (vgl *Harrer,* Sicherungsrechte 100: in diesem Fall empfehlen sich Rücktritt und Exszindierung), ebenso im Ergebnis im Fall der Käuferinsolvenz.

des **Eigentumsvorbehalts als Sicherungsrecht** in einem engeren Sinne bezeichnen könnte:[953] Durch gerichtliche Vollstreckung in die Vorbehaltssache besteht im Ansatz letztlich doch ein Weg, das eigentliche Sicherungsobjekt, die Kaufpreisforderung, durch das Sicherungsgut vollständig zu sichern. Die Angleichung funktioniert allerdings nur über eine an sich atypische Form der Verwertung; sie erfolgt auch nicht umfassend, sondern in einzelnen Aspekten.[954] Zudem harrt das Konzept, soweit ersichtlich, nach wie vor einer endgültigen Anerkennung durch die Rechtsprechung.

3. Eine weitere Tendenz der Annäherung des Instruments Eigentumsvorbehalt an ein »echtes« Sicherungsrecht für die gesamte Kaufpreisforderung, also unter Umgehung des Rücktritts, wird in der Vornahme **vertraglicher Anpassungen** sichtbar. Hier sollen kurze Hinweise genügen: Nicht unüblich sind Vereinbarungen, vermöge derer der Vertrag aufrecht bleiben soll, der Vorbehaltsverkäufer im Fall eines näher qualifizierten Zahlungsverzugs aber berechtigt ist, die Sache zurückzufordern (Rücknahme- bzw Entziehungsklausel) und in Anrechnung auf den Kaufpreis zu verwerten (Verwertungsklausel). Der zweite Aspekt betrifft den hier diskutierten Kontext: Es liegt im Interesse des Verkäufers, die Kaufpreisforderung nach Möglichkeit vollständig hereinzubekommen. Der Rücktritt steht dem im Wege; also schaltet man ihn aus. Der Eigentumsvorbehalt nähert sich in seiner

953 In der aktuellen Rechtsentwicklung anderer Länder sowie in internationalen Modellregelwerken ist die Behandlung des Eigentumsvorbehalts als Sicherungsrecht (iS eines bloßen Befriedigungs- und damit Absonderungs- anstatt eines Aussonderungsrechts) ein wesentliches Thema. Vgl die Hinweise zum neuen französischen (IV.C.6.a.) und belgischen Recht (IV.D.2. und IV.D.7.c.) sowie zum DCFR (V.B.3. und V.E.).

954 Ein weiteres Beispiel kann man in der E OGH 8 Ob 94/09w sehen: Darin geht es um das gleichsam umgekehrte Problem, ob durch ein (späteres) gerichtlich gestelltes Herausgabebegehren die weitere Verfolgung des Kaufpreisanspruchs ausgeschlossen wird. Der Vorbehaltsverkäufer hatte hier nach Geltendmachung des Kaufpreises in der Insolvenz des Käufers in einem zweiten Prozess die Aussonderung der Sache begehrt und war damit rechtskräftig gescheitert. Der OGH stellt auch hier darauf ab, ob das im späteren Verfahren gesetzte Verhalten des Verkäufers als konkludente Willenserklärung (hier iS einer endgültigen Ausübung des Rücktrittsrechts) zu verstehen ist. Da allerdings das ursprüngliche Zahlungsbegehren aufrecht belassen worden war, könne das spätere Aussonderungsbegehren nicht zweifelsfrei als Rücktritt verstanden werden, der nun der fortgesetzten Verfolgung des Zahlungsanspruchs im Insolvenzverfahren entgegenstehe. Siehe OGH 8 Ob 94/09w, EvBl 2010/97 *(Widhalm-Budak);* hierzu auch *Spitzer,* ÖBA 2014, 172 (172 ff); *Spitzer,* Der Eigentumsvorbehalt im Insolvenzverfahren, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2013 (2014) 123 (124 ff). Die – wenn man es so sehen will – funktionale Annäherung des Instruments Eigentumsvorbehalt an die Idee eines reinen Sicherungsrechts (= vorzugsweise Befriedigung der gesicherten, dabei aber aufrecht bleibenden Forderung) besteht hier darin, dass das dem eigentlichen Sicherungszweck (Forderungsdurchsetzung) an sich entgegenstehende, für die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts im herkömmlichen Sinne jedoch notwendige Vehikel des Rücktritts zumindest dort nach Möglichkeit eingeschränkt wird, wo der Gläubiger letztlich auf die Weiterverfolgung des ursprünglichen Anspruchs angewiesen ist.

Funktion einem Pfandrecht an; mit der wesentlichen Besonderheit, dass die Verwertung – wie beim Archetypus des Eigentumsvorbehalts – dem Verkäufer vorbehalten bleibt. Solche Konstruktionen begegnen nach hA keinen grundsätzlichen Bedenken. Das vereinbarte Verwertungsrecht muss sich gerade wegen der funktionalen Pfandrechtsähnlichkeit allerdings an § 1371 ABGB und insbesondere an dem dort normierten Willkürverbot messen lassen, was in der Praxis durchaus Schwierigkeiten aufwirft.[955]

3. Besondere Formen des Eigentumsvorbehalts und Veränderungen in Bezug auf das Vorbehaltsgut

Abschließend ist, weil im Rahmen von Reformdiskussionen Änderungen auch für diese Bereiche zu diskutieren sein werden, kurz der Stand des österreichischen Rechts zu einigen besonderen Gestaltungsformen des Eigentumsvorbehalts festzuhalten – auch wenn es sich dabei großteils um Gemeinplätze handelt. Auch hier spielen Publizitätsaspekte eine zentrale Rolle.

a. Erweiterter Eigentumsvorbehalt

Ein »erweiterter« Eigentumsvorbehalt in dem Sinne, dass die Kaufsache auch **andere Forderungen** als jene auf den Kaufpreis für eben diesen Gegenstand sichern soll, ist (in Bezug auf die Erweiterung) sachenrechtlich unwirksam.[956] Dies folgt daraus, dass die Gründe, die nach hA für die publizitätslose Zulässigkeit der Vorbehaltssicherung für die konnexe Kaufpreisforderung sprechen, für nicht-konnexe Forderungen weitgehend nicht einschlägig sind. Denkbar ist allenfalls, die Vereinbarung in eine lediglich obligatorisch wirkende Sicherungsabrede umzudeuten, die den Käufer für den Fall des Verzugs mit einer dieser anderen Forderungen – also dann, wenn nach der ursprünglich getroffenen Vereinbarung der Verkäufer zur Rücknahme der Kaufsache berechtigt gewesen wäre – zur Begründung eines dinglichen Sicherungsrechts an der gelieferten Sache zur Deckung anderer Forderungen – durch nunmehrige Übergabe derselben an den Verkäufer – verpflichtet.

---

955 Vgl aus jüngerer Zeit OGH 9 Ob 11/11z, ÖBA 2013, 520 mit ausführlicher Besprechung durch *Spitzer,* Rücknahme und Verwertung von Vorbehaltsgut, ÖBA 2013, 473. Näher zu den hier angesprochenen Klauseltypen auch *Mayrhofer,* Abzahlungsgeschäft 202 ff; *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 502 ff; vgl auch *Aicher* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 1063 Rz 61.

956 Ausführlich *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 197 ff (insb 211 ff); *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 677 ff; *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 265 ff (Rz 3/32 f); *Aichinger,* Eigentumsvorbehalt 196 ff; *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 135 ff; vgl auch OGH 5 Ob 260/67, JBl 1969, 389 *(Koziol).*

b. *Weiterveräußerung von Vorbehaltsgut: verlängerter Eigentumsvorbehalt*

Für den Fall der Weiterveräußerung von Vorbehaltsgut durch den Vorbehaltskäufer besteht regelmäßig ein eminentes Bedürfnis des Vorbehaltsverkäufers nach »Fortsetzung« seiner ursprünglichen Realsicherheit in anderer Form. Denn das vorbehaltene Eigentum an der Kaufsache hat in solchen Fällen bekanntlich wenig Aussicht auf dauerhaften Bestand. Erstens weil dem Vorbehaltsverkäufer in einer mehrstufigen Absatzkette selbst daran gelegen sein wird, seinem Käufer und Schuldner eine gewinnbringende Weiterveräußerung zu ermöglichen, auf dass dieser dauerhaft zur pünktlichen und vollständigen Kaufpreiszahlung in der Lage sein möge. Dazu muss dieser seinen Abnehmern aber lastenfreies Eigentum verschaffen können, weshalb ihn der Vorbehaltsverkäufer regelmäßig genau hierzu ermächtigen wird, jedenfalls wenn der Weiterverkauf zu marktüblichen Bedingungen erfolgt. Sollte keine solche Verfügungsermächtigung erteilt sein, droht dem Vorbehaltsverkäufer immer noch Verlust seines Eigentums durch Gutglaubenserwerb seitens der Abnehmer.

Es ist also eine **Ersatzsicherheit** zu schaffen; man spricht vom »verlängerten« Eigentumsvorbehalt.[957] Solche Ersatzsicherheiten werden typischerweise für zwei Fälle diskutiert: erstens, dass der Abnehmer des Vorbehaltskäufers (sofort)[958] bar bezahlt; und zweitens, dass auch dem Abnehmer kreditiert wird, zunächst also eine offene Forderung über den Weiterverkaufspreis entsteht. Ein dritter Fall wird weniger häufig erörtert und auch hier nur kurz gestreift, weil er wohl weniger sachenrechtliche als rein praktische Schwierigkeiten aufwirft: jener, dass der Abnehmer seinen Kaufpreis sofort begleicht, aber nicht durch Barzahlung, sondern durch Verschaffung von Buchgeld, also etwa durch Bankomat- oder Kreditkartenzahlung.[959]

---

957 Näher etwa *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 632 ff (zur oben angesprochenen Weiterveräußerungsbefugnis), 687 ff (zu den Sicherungssurrogaten); *Duursma-Kepplinger,* Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz (2002) 85 ff; *Aichinger,* Eigentumsvorbehalt 184 ff; *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 267 ff (Rz 3/34 ff); *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 180 ff; *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 202 ff; *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 180 ff (Rz 8/22 ff). Überblick zu den jüngeren Entwicklungen im Bereich des gutgläubigen Erwerbs durch den Abnehmer oben III.A.2.c.(ii.) unter 3. in FN 665.

958 Die Frage der Ersatzsicherheit bei Barzahlung stellt sich ähnlich auch bei Kreditierung des Kaufpreises und Zession der Kaufpreisforderung, etwa wenn der Abnehmer später mangels Verständigung von der Abtretung mit schuldbefreiender Wirkung an seinen Verkäufer zahlt (§§ 1395 f ABGB).

959 Hier wäre grundsätzlich daran zu denken, die Einzahlung unmittelbar auf ein für den Gläubiger (Vorbehaltsverkäufer) kontrollierbares Bankkonto zu leiten – sofern es im hier meist vorliegenden Massengeschäft denn möglich sein sollte, die typischerweise für mehrere Artikel einheitlich erfolgte Zahlung unmittelbar und sinnvollerweise um die jeweilige Gewinnspanne bereinigt auf verschiedene Konten der jeweiligen Vorbehaltsverkäufer zu transferieren.

Im zweiterwähnten Fall soll die gegen den Abnehmer entstehende Kaufpreisforderung als Ersatzsicherheit dienen. Typischerweise wird sie dem Vorbehaltsverkäufer zur Sicherung seines eigenen Kaufpreisanspruchs im Voraus, also bei Abschluss des zu sichernden Vorbehaltsverkaufs abgetreten. Da die Abtretung Sicherungszwecke verfolgt,[960] sind die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer **Sicherungszession** zu erfüllen. Die Wirksamkeit der Abtretung hängt damit insbesondere vom Setzen eines hinreichenden Publizitätsakts ab, der in der Verständigung des jeweiligen Abnehmers als Drittschuldner oder – häufiger – in einem Generalvermerk in der Buchhaltung des Vorbehaltskäufers als Zedent bestehen kann.[961] Das kann für den Vorbehaltsverkäufer in praktischer Hinsicht Unsicherheiten auf verschiedenen Ebenen hervorrufen, da seine Sicherung beispielsweise davon abhängt, dass sein Vertragspartner den vereinbarten Publizitätsakt umgehend und ordnungsgemäß setzt und in der Folge auch aufrecht erhält. Jene Kontrollmöglichkeiten und fachliche Erfahrung, über die Banken als typische Sicherungszessionare im Allgemeinen verfügen, stehen einem Vorbehaltsverkäufer dabei häufig nicht zur Verfügung. Auch werden Abnehmer, wenn sie von der Abtretung nicht verständigt werden, mit schuldbefreiender Wirkung an den Zedenten zahlen (§§ 1395 f ABGB), womit die durch Zession begründete Sicherheit untergeht.

Für den zuerst erwähnten Fall der Barzahlung wird die **Vorab-Übereignung des** eingenommenen **Kaufgelds durch antizipiertes Besitzkonstitut** vorgeschlagen: Der Vorbehaltskäufer vereinbart mit seinem Verkäufer bei Abschluss ihres Kaufvertrags, bei Erhalt des Kaufpreises seitens seines eigenen Abnehmers einen dem Kaufpreis im ersten Vertrag entsprechenden Betrag abgesondert in Verwahrung zu nehmen, sofort dem Vorbehaltsverkäufer zu übereignen und bis zur Weiterleitung der Zahlung für den Vorbehaltsverkäufer innezuhaben. Auch diese Konstruktion birgt für den Vorbehaltsverkäufer einige Risiken:[962] Zunächst geht die hL[963] von einem Durchgangserwerb des Vorbehaltskäufers am erhaltenen Geld aus. Damit besteht die Gefahr eines Zugriffs durch andere Gläubiger bzw des Scheiterns der Vorausverfügung im Insolvenzfall. Eine Gegenauffassung vermeidet zumindest

---

960 Was regelmäßig selbst dann der Fall ist, wenn die Abtretung als solche zahlungshalber ausgestaltet sein sollte; siehe OGH 10 Ob 1/07f, ÖBA 2007, 743; vgl auch OGH 3 Ob 246/09m, ÖBA 2010, 831 (zust *Bollenberger).*

961 Zu den Publizitätsvoraussetzungen bei der Sicherungszession oben III.C.1. Auch die allgemeinen Erfordernisse der Bestimmbarkeit bzw Individualisierbarkeit der abzutretenden Forderung (oben III.C.2.a.) sind zu beachten, im Fall des Weiterverkaufs an künftige Abnehmer des Vorbehaltskäufers allerdings nach heutiger Auffassung unproblematisch zu erfüllen.

962 Zum Folgenden zusammenfassend *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 223 f.

963 *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2[2] 695 f; *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 269 (Rz 3/36) mwN; *Aicher* in *Rummel/Lukas,* ABGB[4] § 1063 Rz 133; *Iro/Riss,* Sachenrecht[7] 181 (Rz 8/23).

dieses Risiko durch die Annahme, dass der Vorbehaltskäufer den Erlös sofort für den Vorbehaltsverkäufer erwirbt, ein Durchgangserwerb somit nicht stattfinde.[964] Virulent bleibt aber jedenfalls das Risiko, dass der Vorbehaltskäufer die empfangenen Geldmittel nicht von eigenen getrennt hält und das erlangte Eigentum am Geld durch Vermengung wieder verloren geht. Schließlich muss darauf geachtet werden, dass die Übereignung erfüllungshalber und nicht zu Sicherungszwecken erfolgt, da letztere aufgrund der zu beachtenden Publizitätsanforderungen durch Besitzkonstitut nicht wirksam erfolgen kann. Hierfür muss die Übereignung auf einen Betrag beschränkt werden, der dem jeweils offenen Kaufpreis samt Kosten entspricht.[965]

c. *Verarbeitung und Vermengung von Vorbehaltsgut*

Die §§ 414 ff ABGB enthalten besondere Regelungen über die Rechtsfolgen der Verarbeitung fremden Eigentums, der unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten untrennbaren Verbindung körperlicher Sachen verschiedener Eigentümer sowie der ununterscheidbaren Vermengung gleichartiger Sachen. Die Bestimmungen gelten an sich nur für den Fall, dass die Parteien keine Vereinbarung über die Rechtsfolgen solcher Ereignisse getroffen haben. Hat das involvierte Eigentum Sicherungsfunktion, wie das gerade bei Vorbehaltsware der Fall ist, bestimmen diese Regelungen allerdings auch die Grenzen dessen, was sachenrechtlich wirksam vereinbart werden kann: Würde dem Vorbehaltsverkäufer ein über den Wert des beigesteuerten Sicherungsguts hinausgehender Eigentumsanteil oder gar das Alleineigentum zugedacht, läge hierin eine Sicherungsübereignung; deren Wirksamkeit setzte Besitzeinräumung an den Vorbehaltsverkäufer voraus, woran es regelmäßig fehlt. Als Rechtsfolgen sehen diese Bestimmungen grundsätzlich **Miteigentum** der Beteiligten (der Materialeigentümer und, falls relevant, des Verarbeiters) im Verhältnis der Beiträge vor. Bei der Vermengung gleichartiger Güter steht als besondere Form der Auflösung solchen Miteigentums die sog Quantitätsvindikation zu: Jeder Miteigentümer kann eine seinem Anteil entsprechende Menge aus dem Gemenge aussondern. Ansonsten folgt die Auflösung des Miteigentums den Bestimmungen des § 415 ABGB, die abhängig von der Redlichkeit der Beteiligten, allenfalls vom Wert der Beiträge, ein Wahlrecht zwischen Übernahme des Produkts ins Alleineigentum und schuldrechtlichen Wertersatzansprüchen gewähren. Eine Sonderregel für Fälle der Verbindung, in analoger Anwendung auch für die Verarbeitung, enthält § 416 ABGB: ein verhältnismäßig sehr geringwertiger Sachbeitrag

964 *Spielbüchler* in *Rummel,* ABGB I³ § 428 Rz 6 und diesem folgend *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 428 Rz 8.
965 *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 224.

(oder Arbeitsbeitrag) verschafft kein Miteigentumsrecht, sondern nur einen bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch.[966]

Unbestritten ist dies nicht. Abweichende Ergebnisse hat jüngst *Christian Rabl* für den Fall der Verarbeitung von Vorbehaltsgut vertreten,[967] wobei er eine Vereinbarung der Kaufvertragsparteien zugrundelegt, das Eigentum am entstehenden Produkt solle zur Sicherung des Kaufpreises zur Gänze dem Vorbehaltsverkäufer zufallen (Verarbeitungsklausel). Er gelangt alternativ zu zwei konträren, jeweils von der hA abweichenden Extremlösungen. Der Ansatz ist primär ein konstruktiver; er wird hier auch deshalb wiedergegeben, weil er schön illustriert, welch hoher Stellenwert in der österreichischen Diskussion des Mobiliarsicherungsrechts dem Publizitätsprinzip der §§ 451 f ABGB allenthalben zukommt: Ausgangspunkt für *Rabls* Überlegung ist der Tatbestand der Verarbeitung: Setzt dieser, wie herrschend angenommen, das Entstehen einer »neuen Sache« voraus,[968] impliziere dies den rechtlichen Untergang der alten Sache und der daran bestehenden Rechte, konkret des vorbehaltenen Eigentums am gelieferten Material. Folglich müsse der vereinbarte »Eigentumsvorbehalt« am Verarbeitungsprodukt neu begründet werden. Bei einer solchen sicherungsweisen Begründung von Alleineigentum des Verkäufers am Produkt sei aber wertungsmäßig die analoge Anwendung des § 451 ABGB geboten; und zwar nicht nur hinsichtlich des aus der Arbeitsleistung des Produzenten resultierenden »Mehrwerts«,[969] sondern generell, also auch in Bezug auf den Vorbehaltsverkäufer beigesteuerten Materialwert. *Rabls* primär vorgeschlagenes Ergebnis lautet somit: Mit der Verarbeitung des Vorbehaltsguts in der Gewahrsame des Käufers »geht der Eigentumsvorbehalt unter«, die Verkäufersicherheit erlischt zur Gänze.[970] Dem setzt *Rabl* – quasi für Zweifler – eine Alternativlösung entgegen: Die analoge Anwendung des § 451 ABGB auf die Eigentums-

---

966 Soweit die hA, deren geraffte Zusammenfassung hier genügen soll. Überblick etwa bei *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB^4 zu §§ 414–416; *Mader* in *Kletečka-Schauer,* ABGB-ON$^{1.03}$ (2019) zu §§ 414–416; *Iro/Riss,* Sachenrecht^7 130 ff (Rz 6/17 ff); *Aigner,* Eigentumsvorbehalt 209 ff; ausführlich *Madl,* Grundprobleme der Verarbeitung nach österreichischem Recht (1999). Speziell zur Vermengung in jüngerer Zeit *Harnoncourt/Spitzer,* Eigentumsvorbehalt, Vermengung und Individualisierbarkeit, ÖJZ 2014, 488. Mit besonderem Fokus auf die insolvenzrechtliche Behandlung *Duursma-Kepplinger,* Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing 72 ff.

967 *Ch. Rabl* in FS Koziol 341 (352 ff); *ders* in FS Bucher 611 (632 ff).

968 Eingehend *Madl,* Verarbeitung 5 ff (insb 77 ff) mwN; ferner etwa *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2^2 624; *Welser/Kletečka,* Grundriss I^{15} 350 (Rz 984 f); *Karner* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB^4 (2016) § 414 Rz 4. AA *Spielbüchler,* Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, JBl 1968, 589; *ders* in *Rummel,* ABGB I^3 § 414 Rz 3: Kriterium der »neuen Sache« nicht entscheidend für Anwendung der Verarbeitungsregeln des ABGB; ähnlich *Müller* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III^5 § 414 Rz 4 mwN.

969 Wovon auch die hA ausgeht.

970 *Ch. Rabl* in FS Koziol 341 (357). Die vorgeschlagene Lösung entscheide »für das Publizitätsprinzip, gegen die Ausdehnung des Eigentumsvorbehalts und aus insolvenzrechtlicher Sicht zugunsten der Masseerhaltung« (aaO 358), wobei man mE aufgrund des Zufließens des Sachwerts aus dem Vorbehaltsgut durchaus auch von »Massevermehrung« sprechen könnte.

verschaffung am Erzeugnis könne unterbleiben, wenn man die von der hA für die publizitätslose Wirksamkeit des (einfachen) Eigentumsvorbehalts ins Treffen geführten Gründe[971] auch für die hier in Frage stehende Neubegründung der Verkäufersicherheit am Produkt für tragfähig hält, was *Rabl* bejaht. Im Ergebnis gelangt er damit – Vereinbarung einer entsprechenden Verarbeitungsklausel vorausgesetzt – zum Alleineigentum (!) des Materiallieferanten am erzeugten Produkt.[972] Die Zuweisung von Alleineigentum an den Vorbehaltsverkäufer vermag mit dieser Begründung zwar schwerlich zu überzeugen. Die hA zum publizitätslosen Eigentumsvorbehalt baut ja zB wesentlich darauf auf, dass dem Vermögen des Käufers nichts entzogen wird (was hier aber in Gestalt des Arbeitswerts der Fall wäre) bzw dass ein im Vermögen des Verkäufers vorhandener Wert (der Materialwert, dann aber eben auch nur dieser) mit Vorrecht gegenüber anderen Gläubigern verfolgt werden kann. Auch eine »Annäherung an das Zug-um-Zug-Prinzip« ist nicht recht ersichtlich, wenn der Verkäufer mit erfolgter Verarbeitung zunächst mehr an Wert erhält als er je hatte.[973] Konsequenterweise hätte *Rabl* in seiner Alternativlösung somit wohl zum Ergebnis der hA gelangen müssen, also zu einem dem Materialwert entsprechenden Miteigentumsanteil. In einem sehr grundsätzlichen Punkt hat er, denke ich, allerdings Recht: Unter Wertungsgesichtspunkten stehen die diskutierten Fälle des einfachen Eigentumsvorbehalts und der Erstreckung der Verkäufersicherheit bei Verarbeitung (freilich in Form der Miteigentumslösung) tatsächlich nicht allzu weit auseinander, was ihre Gleichbehandlung auch in Hinblick auf Publizitätsanforderungen nahelegen könnte. Damit erweitert sich die oben[974] konstatierte Inkonsequenz in den Publizitätsvoraussetzungen für Pfandrecht und Sicherungsübereignung einerseits und (einfachem) Eigentumsvorbehalt andererseits um ein weiteres Beispiel.

E. Weitere aktuelle Aspekte

1. Publizitätsanforderungen und Finanzierungsleasing bzw Sale-and-lease-back

Abschließend sei noch einmal die schon mehrfach berührte Frage der Gleichbehandlung funktional äquivalenter Sicherungsinstrumente angesprochen. Sie gilt hier der in Österreich weniger intensiv diskutierten Fragestellung, inwieweit Vertragstypen, die Finanzierungs- und Sicherungszwecken dienen können, aber

971 Dazu oben III.D.1.a.
972 *Ch. Rabl* in FS Koziol 341 (358 f); *ders* in FS Bucher 611 (634 ff).
973 Vgl oben III.D.1.a. unter 1., 3. bzw 4.
974 Vgl abermals oben III.D.1.a.

nicht notwendigerweise müssen, den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften der §§ 451 f ABGB zu unterstellen sind.

1. Zum **Finanzierungsleasing** ist anerkannt, dass es abhängig von der Ausgestaltung des Vertrags dann, wenn Zweck des Geschäfts letztlich die Übertragung des Eigentums am Leasinggegenstand auf den Leasingnehmer ist, einem Kauf unter Eigentumsvorbehalt nahesteht und rechtlich weitgehend wie ein solcher zu behandeln ist.[975] Insoweit liegt es im Sinne der ganz hA zum Eigentumsvorbehalt nahe, das dem Leasinggeber verbleibende Eigentumsrecht, auch wenn ihm Sicherungsfunktion zukommt, an keinerlei Publizitätsvoraussetzungen zu knüpfen. Die Frage ist in Österreich kein nennenswertes Thema. Dass dem so sein darf, setzt voraus, dass der Leasinggeber, wenn er vom Lieferanten der Sache verschieden ist, diese unmittelbar von diesem übertragen erhält.[976]

2. Anerkannt ist auch, dass die sachenrechtliche Wirksamkeit einer **Sale-and-lease-back**-Transaktion dann scheitert, wenn sie funktional einer Kreditgewährung verbunden mit einer Sicherungsübereignung entspricht und die für letztere geltenden Publizitätserfordernisse nicht erfüllt sind. Diese würden voraussetzen, dass die Sache dem Finanzierer übergeben wird und bei diesem verbleibt – was regelmäßig nicht der Fall ist. Bei der Prüfung der Frage, ob das Geschäft einer Kreditgewährung entspricht, ist auf die Ausgestaltung des Vertrags abzustellen. Dabei kann für ein Finanzierungsgeschäft (und folglich für Publizitätspflicht) sprechen, wenn der Leasingnehmer die Sache wieder zurückerlangen soll, nicht hingegen, wenn er die Sache nach planmäßiger Vertragsbeendigung an den Erwerber/Leasinggeber herausgeben muss. Für die Annahme einer Finanzierung mit dinglicher Sicherung kann es ferner sprechen, wenn etwa für den Fall des Zahlungsverzugs dem Leasinggeber kreditvertragsähnliche Vertragsauflösungsrechte eingeräumt werden, verbunden mit der Verpflichtung des Leasingnehmers, die ausstehenden Raten abgezinst zu bezahlen, und einer Anrechnung des aus der Sache erzielten Verwertungserlöses auf diese Zahlungspflichten (was der Anrechnung einer Pfandverwertung beim Darlehen entspricht).[977]

---

975 Vgl insbesondere die Typisierung unterschiedlicher Vertragsvarianten bei *Fischer-Czermak,* Mobilienleasing – Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung (1995) 71 ff mit Synthese 162 f; ferner *Duursma-Kepplinger,* Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing 236 ff (insb 247) mit insolvenzrechtlichen Bezügen.

976 Darin wird gleichsam ein Wesensmerkmal des Finanzierungsleasings gesehen, vgl *Fischer-Czermak,* Mobilienleasing 27.

977 Vgl OGH 8 Ob 220/02i, ÖBA 2004, 145 unter Rückgriff auf einige der im Text genannten Gesichtspunkte (Kreditierung mit Sicherungsübereignung bejaht, Aussonderungsrecht mangels Publizität versagt); vgl zuvor auch schon OGH 4 Ob 623/88; später OGH 3 Ob 48/05p, ÖBA 2007, 234 *(Ressler).* Ausführlich *Czermak,* Das Besitzkonstitut beim Sale-and-lease-back-Verfahren, ÖBA 1987, 232; *Fischer-Czermak,* Mobilienleasing 153 ff. Vgl ferner *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (4);

Bezugspunkt bzw Vergleichsgegenstand in der (quantitativ nach wie vor überschaubaren) Diskussion um die Publizitätspflicht beim Sale-and-lease-back-Geschäft ist demnach die Kreditaufnahme mit Sicherungsübereignung; also eine Situation, in welcher der Verkäufer bzw künftige Leasingnehmer bei Vertragsschluss bereits Eigentümer des Leasingguts ist.[978] Ob die Transaktion gleichwohl einer Ankaufsfinanzierung dient (und insoweit wirtschaftliche Ähnlichkeit mit einem – drittfinanzierten – Kauf unter Eigentumsvorbehalt bestehen könnte, der publizitätslos möglich wäre), wird jedenfalls bislang nicht für relevant erachtet.[979] Im Rahmen des geltenden Rechts in dessen Verständnis durch die hA ist dieser Zugang auch konsequent: Wird im Rahmen eines drittfinanzierten Kaufs das vorbehaltene Eigentum vom Verkäufer unmittelbar an den Finanzierer übertragen, sichert es publizitätslos nun dessen Forderung. Hat der Käufer die Sache hingegen auch nur für kürzeste Zeit selbst erworben, kommt eine nachträgliche Begründung eines »Eigentumsvorbehalts« oder publizitätslosen Sicherungseigentums zugunsten des Finanzierers jedenfalls nach hA nicht in Betracht. Dass an dieser Auffassung bereits gesägt wird, ist oben bereits erwähnt worden: Die Sicherung der konnexen Kaufpreisforderung durch die angeschaffte Sache selbst soll nach manchen auch publizitätslos möglich sein.[980] Macht man mit diesem Ansatz ernst, müsste für andere Formen der Anschaffungsfinanzierung dasselbe gelten.

2. Anmerkungen zur Verwertung

Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten wird im Rahmen dieser Arbeit – sieht man von der schon angesprochenen konzeptionellen Ausrichtung des Eigentumsvorbehalts ab[981] – keinen zentralen Schwerpunkt bilden. Ich beschränke mich hier auf kurze Anmerkungen, die ein Mindestmaß an Orientierung im internationalen Kontext sicherstellen sollen. Zedierte **Forderungen** werden im Sicherungsfall (ohne gerichtliche Mitwirkung) eingezogen, der Erlös mit der gesicherten Forderung verrechnet und ein allfälliger Überschuss dem Sicherungsgeber bzw dessen Insolvenzmasse herausgegeben. Das in § 1371 ABGB ausgesprochene Verbot der *lex commissoria* ist zu beachten, bleibt mit dem skizzierten Procedere aber gewahrt.[982]

B.A. Koch in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[6] § 451 Rz 2; *Wagner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang[3] § 428 Rz 8.

978 *Fischer-Czermak,* Mobilienleasing 32; OGH 6 Ob 575/86, SZ 61/70; 3 Ob 48/05p, ÖBA 2007, 234 *(Ressler).*

979 So in OGH 8 Ob 220/02i, ÖBA 2004, 145. Vermutlich hatte der Leasingnehmer hier das Eigentum zunächst von seinem Lieferanten erworben, um es dann an den Leasinggeber weiterzuübertragen; jedenfalls wurde der finanzierte Ankaufspreis an den Leasingnehmer ausbezahlt.

980 Oben III.D.1.b. unter 2.

981 Oben III.D.2.

982 Vgl etwa *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 345 f (Rz 5/51 f).

Im Folgenden kann auf die Verwertung **beweglicher körperlicher Sachen** eingegrenzt werden. Die Verwertung eines Fahrnispfands kann – was den traditionellen Weg des ABGB darstellt – gerichtlich erfolgen (§ 461 ABGB), wobei neben dem Erwirken eines Vollstreckungstitels aus der gesicherten Forderung bzw mittels Pfandrechtsklage gegen den Drittpfandbesteller von der hA auch die exekutive Pfändung der ohnehin schon – durch das begründete Vertragspfand – pfandverfangenen Sache gefordert wird.[983] In jüngerer Zeit hat *Spitzer* diese Auffassung ausführlich bekämpft.[984] Daneben hat man seit langem eine außergerichtliche Pfandverwertung allgemein dann zugelassen, wenn die Parteien eine solche vereinbart haben.[985] Schon vor dem HaRÄG 2005[986] hat das Handelsrecht die Verwertung durch privaten Verkauf auch ohne Vereinbarung zugelassen.[987] Seit dem HaRÄG besteht die Möglichkeit der außergerichtlichen Pfandverwertung an beweglichen körperlichen Sachen einschließlich Inhaber- und Orderpapieren allgemein aufgrund des Gesetzes (§§ 460a, 466a–466d ABGB), bedarf also keiner besonderen Vereinbarung mehr. Auf eine nähere Darstellung dieser Bestimmungen wird hier verzichtet.[988] Material aus der Judikatur ist bislang spärlich.[989]

Die neuen Bestimmungen lassen eine nähere oder abweichende Ausgestaltung der außergerichtlichen Verwertung durch die Parteien ausdrücklich zu (§ 466a Abs 3 ABGB). Grenzen setzen dabei neben den allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen zur Sittenwidrigkeit und AGB-Kontrolle (§§ 864a, 879 ABGB) vor allem die zwingenden Bestimmungen der §§ 1371 f ABGB, welche im Übrigen auch für andere dingliche Sicherungsinstrumente als Pfandrechte Geltung beanspruchen.[990] Sie enthalten insbesondere das schon erwähnte Verbot der Verfallsabrede *(lex commissoria)* sowie das Verbot der Vereinbarung, das Pfand nach Willkür oder zu einem im Voraus bestimmten Preis zu verkaufen. Diese Regelungen bereiten auf verschiedenen Ebenen Schwierigkeiten. So schafft zB das

983 Vgl etwa *Hofmann* in *Rummel,* ABGB I³ § 461 Rz 4 f; *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 224 (Rz 11/19) mwN; vgl auch OGH 10 Ob 531/94, SZ 67/195 (Forderungspfand).

984 *Spitzer,* Pfandverwertung 69 ff (insb 97 ff); vgl auch schon *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 77 f, 103 f, 243 f; ausführlich nun auch *Fidler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 461 Rz 26 ff.

985 Vgl bloß *Koziol/Welser,* Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹³ (2006) 393.

986 BGBl I 2005/120, bezogen auf die hier interessierenden Bestimmungen in Kraft seit 1. 1. 2007.

987 Vgl insbesondere Art 8 Nr 14 und 15 4. EVHGB mit weitgehendem Verweis auf §§ 1219–1221 und §§ 1228–1248 BGB. Dazu neben den einschlägigen HGB-Kommentierungen aus jüngerer Zeit vor allem *Spitzer,* Pfandverwertung 103 ff.

988 Dazu etwa *Holzner,* Zur Neuregelung der außergerichtlichen Pfandverwertung, ÖBA 2007, 940 sowie die Kommentierungen der zitierten Vorschriften durch *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reform-Kommentar UGB/ABGB (2007) sowie bei *Fidler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³, *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III⁵, *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON¹·⁰³ (2017) und *B.A. Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB⁶.

989 Siehe im Wesentlichen OGH 6 Ob 111/10g, ÖBA 2010, 769; obiter auch OGH 9 Ob 11/11z, ÖBA 2013, 520.

990 Vgl etwa *W. Faber* in *Schwimann/Kodek,* ABGB VI⁴ §§ 1371, 1372 Rz 2 mwN.

Verhältnis zwischen (verbotener) Verfallsklausel und (erlaubter) Vertragsstrafe (§ 1336 ABGB) Abgrenzungsprobleme, wenn diese als Verfall einer erlegten Kaution oder eines anderen Vermögenswerts ausgestaltet ist.[991] Vor allem aber ist das durch die judizielle Auslegung dieser Normen geschaffene Korsett für die Verwertungspraxis ziemlich eng, die Anforderungen an den Sicherungsnehmer entsprechend hoch und letztlich mit nicht unerheblichen Haftungsrisiken verbunden.[992]

Gegenüber § 1371 ABGB teilweise vereinfachte Verwertungsregeln, nämlich insbesondere eine – wenngleich an bestimmte Voraussetzungen gebundene – **Aneignungsbefugnis** sieht das Finanzsicherheiten-Gesetz vor: § 5 Abs 1 Z 1 FinSG erlaubt die Vereinbarung der Verwertung einer Finanzsicherheit in Form eines beschränkten dinglichen Sicherungsrechts dadurch, dass der Sicherungsnehmer im Verwertungs- oder Beendigungsfall diese verkauft oder sich aneignet und anschließend ihren Wert mit der gesicherten Verbindlichkeit verrechnet oder die Sicherheit an Zahlungs statt verwendet. Entsprechend können Finanzsicherheiten in Form von Kreditforderungen veräußert oder eingezogen werden (Z 3). Eine Aneignung bzw Einziehung[993] ist aber nur zulässig, wenn dies bei Bestellung der Sicherheit vereinbart war und die Sicherungsvereinbarung eine Bewertung der Finanzinstrumente zulässt (vgl § 5 Abs 2 und § 10 FinSG).[994]

991 Näher aus jüngerer Zeit vor allem *Spitzer,* Pfandverwertung 12 ff mwN. Nach seiner Ansicht (aaO insb 31 f) soll die Verfallsklausel zur Befriedigung einer Forderung des Gläubigers (aus dem Hauptgeschäft) dienen, die Vertragsstrafe dem Ausüben von Erfüllungsdruck und der Schadenspauschalierung. AA *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] §§ 1371, 1372 Rz 18 ff, nach denen das Verbot der *lex commissoria* immer dann nicht gelten soll, wenn nach der Vereinbarung der Gläubiger vom Schuldner nur eine Leistung verlangen kann, anstatt sich durch Verfall einer übergebenen Sache zu befriedigen. Siehe ferner *Eicher* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX[2] 40 f (Rz 1/74 f).

992 Illustrativ zum Willkürverbot etwa OGH 9 Ob 11/11z, ÖBA 2013, 520: kumulative Notwendigkeit von sachkundiger Schätzung des Sicherungsguts und Gelegenheit des Sicherungsgebers zur Namhaftmachung von Kaufinteressenten; Einholen dreier Angebote genügt im konkreten Fall nicht; in Hinblick auf den gegenüber Verbrauchern unmöglichen Ausschluss von Gewährleistungsrechten (§ 9 KSchG) genügt allerdings die Verwertung zum marktüblichen *Händler*ankaufspreis. Im Ergebnis wurde Schadenersatzpflicht der finanzierenden Bank angenommen. Eingehend hierzu *Spitzer,* ÖBA 2013, 473 (478 ff).

993 Einziehung nach § 5 Abs 1 Z 3 FinSG ist als Fall der Aneignung iSd Abs 2 zu verstehen, vgl *Mätzler/Hebein,* ÖBA 2011, 624 (629).

994 Vgl dazu *Kathrein,* Das Finanzsicherheiten-Gesetz, ÖBA 2004, 177 ff; *Leitgeb,* Novelle zum FinanzsicherheitenG: Massive Durchbrechung der Sicherheitenverwertung! RdW 2011, 379 (380 f); *Mätzler/Hebein,* ÖBA 2011, 624 (628 ff).

IV. Besonderheiten ausgewählter weiterer europäischer Rechtsordnungen

Das nun folgende Kapitel führt in ausgewählte Aspekte einiger anderer europäischer Rechtsordnungen ein. Der Ansatz hierbei ist kein klassisch rechtsvergleichender. Es werden nicht einheitliche, jeweils auf bestimmte Lebenssachverhalte bezogene Fragestellungen definiert, hierzu die in den jeweiligen Rechtsordnungen entwickelten Lösungswege ermittelt und sodann verglichen sowie evaluiert.[995] Dies würde – innerhalb der jeweils definierten Fragestellung – einen Vollständigkeitsanspruch vor allem insoweit implizieren, als für alle einbezogenen Rechtsordnungen stets dieselben Fragestellungen zu untersuchen wären. Ein solcher Anspruch wird hier nicht gestellt. Er würde etliches an »Geschiebe« generieren; es wäre zwangsläufig in erheblichem Umfang Material auch dann zu erörtern, wenn es gemessen an den übergeordneten Zielen dieser Arbeit keinen besonderen Erkenntnisgewinn verspricht.

Mein Ansatz im Folgenden ist vielmehr in manchem eklektisch: Es wird jeweils kein vollständiges Bild des Mobiliarsicherungsrechts der jeweiligen Rechtsordnungen geboten, es werden sich auch die behandelten Themenstellungen nicht immer decken. Der Blickwinkel im Rahmen dieser Untersuchung ist besonders geprägt durch Probleme des gegenwärtigen österreichischen Rechts und konzentriert sich auf potentielle Ansätze für seine künftige Entwicklung, im Besonderen auf die Frage, ob Buch IX DCFR bzw verwandte Regelungsmodelle hierfür ein brauchbares Vorbild abzugeben vermögen. In diesem Zusammenhang können manche Lösungsansätze in den weiteren untersuchten Rechtsordnungen interessante Regelungsalternativen, Erfahrungen und Argumente liefern. Wo dies der Fall ist, sollen derartige Aspekte einbezogen werden; in manchen Fällen, wie zu verschiedenen nationalen Registerlösungen, auch mit deutlich intensiviertem Blick auf Details. Eine vertiefte analytisch-evaluierende und vergleichende Auseinandersetzung erfolgt zum Teil erst im nachfolgenden Kapitel V, das der näheren Diskussion österreichischer Entwicklungsperspektiven gewidmet ist. Allgemeine Grundlagen des jeweiligen nationalen Mobiliarsicherungsrechts kommen dagegen zum Teil nur untergeordnet zur Sprache, jedenfalls aber soweit, als sie für das Verständnis der für die Arbeit wesentlichen Bereiche unerlässlich erscheinen.

---

995 Zur Arbeitsmethode im Rahmen des traditionellen »funktionalen« Ansatzes der Rechtsvergleichung siehe nach wie vor besonders *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts³ (1996) 11 ff, 31 ff, 42 ff; statt vieler ferner *Husa,* Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? RabelsZ 67 (2003) 419.

Dieser besonderen Perspektive ist zu einem Gutteil auch die Auswahl der in der Folge behandelten Rechtsordnungen geschuldet. Es handelt sich jeweils um Rechtssysteme, deren Kreditsicherungsrecht es dem Schuldner im Ergebnis erlaubt, die als Sicherungsgut eingesetzten Gegenstände weiter zu besitzen und produktiv einzusetzen. Es handelt sich ferner – insoweit mit Ausnahme Deutschlands, dessen Mobiliarsicherungsrecht bekanntermaßen auf Publizität sehr weitgehend verzichtet – durchwegs um Länder, die in jüngerer Vergangenheit verschiedene Formen von Registern für Mobiliarsicherheiten eingeführt haben, was vom gegenwärtigen Stand des österreichischen Rechts und seiner Probleme naturgemäß besonders interessiert. Einen weiteren Interessenschwerpunkt stellen die unterschiedlichen Zugänge zu der Frage dar, inwieweit verschiedene Rechtsformen (zB jene eines Pfandrechts gegenüber der Sicherungsübereignung) unterschiedliche Anforderungen und Rechtswirkungen zu rechtfertigen vermögen. Auch in dieser Hinsicht weisen die untersuchten Rechtsordnungen zum Teil erheblich abweichende Ansätze auf, woraus sich Aufschlüsse für die Entscheidungsfindung über die künftige Ausgestaltung des österreichischen Rechts erwarten lassen. Neben Unterschieden werden schließlich einige allgemeine Trends sichtbar, mit denen man sich im Rahmen von Reformüberlegungen für das österreichische Recht ebenfalls auseinanderzusetzen haben wird; etwa eine Tendenz, durch generische Umschreibungen erst künftig greifbares Sicherungsgut möglichst umfassend in das bereits begründete Haftungsverhältnis einzubeziehen, eine Tendenz, die sich in manchen Ländern der Hochblüte zu nähern scheint, während in einzelnen anderen erste Gegentendenzen festzustellen sind.

Nebenbei wird eines deutlich: Dass das österreichische Recht heute dort steht, wo es sich nach dem im vorigen Kapitel Ausgeführten etwa in Bezug auf Publizitätsfragen befindet, ist keineswegs selbstverständlich. Wohl waren die Ausgangspositionen jedenfalls der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen im gemeinen Recht und auch durch den dann einsetzenden allgemeinen Siegeszug des Faustpfandprinzips relativ ähnlich. Die Entwicklungen sind danach allerdings in sehr unterschiedliche Richtungen verlaufen.[996] Dies lädt nicht nur ein, Nachbarrechtsordnungen daraufhin zu untersuchen, ob sie brauchbare Lösungsmodelle für die Weiterentwicklung des eigenen Rechts bereithalten. Die Disparität fordert auch dazu heraus, über Fragen der Gewichtung neu nachzudenken. Denn die Interessen, die es gegeneinander abzuwägen gilt, und die Prinzipien, in denen diese Ausdruck finden, sind da wie dort in ähnlicher Form vorhanden und bekannt. Dass sie aber auch in Zukunft – wenngleich uU mit anderen Mitteln – in

996 Einführend zu wesentlichen konzeptionellen Scheidelinien zwischen den heutigen Mobiliarsicherungsrechten zentraler Rechtsordnungen Europas etwa *Kieninger,* Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 6 (9 ff).

gleicher Weise gegeneinander austariert werden müssen wie bisher, ist nicht von vornherein gesagt.

A. Deutschland

Ein erster Blick gilt dem deutschen Recht, von dem ja, wie schon bisher deutlich geworden ist, ganz wesentliche Impulse für die Entwicklung des gegenwärtigen österreichischen Mobiliarsicherungsrechts ausgegangen sind – auch wenn sich die Ergebnisse in etlichen zentralen Punkten nicht decken. Die Erörterung im vorliegenden Kapitel kann aus mehreren Gründen vergleichsweise kurz gehalten und auf ausgewählte Schwerpunkte beschränkt werden: Zunächst wurden jene wesentlichen Weichenstellungen, die in der Folge auch die österreichische Rechtsentwicklung und jene in etlichen anderen Staaten so stark beeinflusst haben, in Kapitel II bereits ausführlich gewürdigt. Dies betrifft insbesondere das Festschreiben des Faustpfandprinzips im BGB, umgekehrt die Billigung der publizitätslosen Sicherungsübereignung durch Rechtsprechung, Lehre und schließlich den Gesetzgeber, sowie die Entwicklung und Anerkennung des (einfachen) Eigentumsvorbehalts. Insoweit brauchen im Grundsatz nur Entwicklungen, die sich nach Inkrafttreten des BGB ergeben haben, ergänzt zu werden.

Zum Zweiten ist das deutsche Mobiliarsicherungsrecht vor allem durch vielfältige Lehrbuch- und Kommentarliteratur hervorragend erschlossen und gerade aus österreichischer Perspektive leicht zugänglich. Dies wird es erlauben, auf Grundlageninformationen, die im Weiteren keine besondere Rolle mehr spielen würden, weitgehend zu verzichten und auch mit Detailinformationen zu Punkten, die zumindest grundsätzlicher Erwähnung bedürfen, tendenziell zurückhaltend zu verfahren; sie können bei Bedarf leicht andernorts ermittelt werden.

1. Pfandrecht

Primäres Opfer dieses einschränkenden Zugangs ist das Pfandrecht. Die Kürze der Darstellung korrespondiert dabei in etwa mit seiner praktischen Bedeutung. Die Ursache ist bekannt und im rechtshistorischen Teil dieser Arbeit bereits ausgiebig zu Sprache gekommen: Gemäß § 1205 BGB ist es zur Bestellung des Pfandrechts an einer beweglichen körperlichen Sache erforderlich, dass diese in die Gewahrsame des Pfandgläubigers übergeben bzw in dieser belassen wird (**Faustpfandprinzip**). Entsprechend verlangt § 1280 BGB für die Verpfändung einer Forderung deren **Anzeige** an den Drittschuldner durch den Pfandbesteller.[997] Auch

997 Die Vornahme der Anzeige durch den Pfandgläubiger genügt grundsätzlich nicht, außer es läge eine diesbezügliche Bevollmächtigung durch den Pfandbesteller vor; vgl etwa *Schärtl* in

dieser Vorschrift kommt primär Publizitätsfunktion zu.[998] Für die Sicherungsübereignung von Fahrnis bzw die Sicherungszession von Forderungen werden solche Publizitätserfordernisse nicht verlangt. Sie haben daher das Pfandrecht an Fahrnis und Forderungen weitgehend verdrängt. Als Gründe lassen sich mit *Baur/Stürner* vor allem zwei Momente nennen, die als »Nutzungsinteresse« und »Geheimhaltungsinteresse« des Sicherungsgebers charakterisiert werden können.[999]

2. Sicherungsübereignung und Sicherungszession

Zu den in der Praxis dominierenden Vollrechtssicherungen werden Schwerpunkte genügen. Der erste interessiert vor allem im breiteren Kontext der Arbeit, also im Vergleich zur Entwicklung in Österreich und anderen europäischen Rechtsordnungen und insbesondere mit Blick auf Optionen für mögliche Reformen. Es geht dabei um die nach wie vor nicht abreißende, in ihren hauptsächlichen Inhalten sich allerdings zum Teil wandelnde Kritik namentlich an der publizitätslosen Sicherungsübereignung von Fahrnis. Ein zweiter Abschnitt wird Einzelfragen zusammenfassen, auf die im Rahmen der späteren Diskussion zurückzukommen ist. Aufgrund der weitgehend parallelen Problemlage bei der sicherungsweisen Übereignung von Fahrnis und der sicherungsweisen Abtretung von Forderungen werden beide Sicherungsformen hier grundsätzlich in einem behandelt.

a. Die anhaltende Kritik an der publizitätslosen Sicherungsübereignung

Die Wirksamkeit von publizitätslos vorgenommener Sicherungsübereignung und Sicherungszession war bei Inkrafttreten des BGB in der Rechtsprechung bereits verfestigt, wurde nach 1900 fortgeschrieben und seither in der Judikatur nicht weiter infrage gestellt. Dass der argumentative Unterbau für die Entscheidung, in Hinblick auf Publizitätserfordernisse völlig andere Maßstäbe anzulegen als beim Pfandrecht, im Grunde ein dünner und brüchiger war, wurde bereits herausgestrichen.[1000] Zu ergänzen ist, dass kritische Äußerungen aus Wissenschaft und Praxis seither nicht verstummt sind. Soweit es um den Publizitätsaspekt allein geht, ist Adressat dieser Kritik meist nur die Sicherungsübereignung von Fahrnis. Dies

---

Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck (Hrsg), BGB IV⁴ (2019) § 1280 Rn 3. § 1280 BGB ist darüber hinaus nur auf die Verpfändung von Forderungen anzuwenden, die durch formlosen Abtretungsvertrag übertragen werden können, nicht also zB auf Inhaber- und Orderpapiere.

998 Vgl abermals *Schärtl* in *Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck,* BGB IV⁴ § 1280 Rn 1; daneben soll die Regelung den Pfandgläubiger vor schuldbefreienden Leistungen des Drittschuldners an den Verpfänder bewahren.

999 Näher *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] 774 f (§ 56 Rn 1 ff).

1000 Oben II.B.4.b. und II.B.5.

verwundert prima facie, erscheinen doch das dogmatische Grundproblem fehlender Publizität sowie einige praktische Auswirkungen bei der Sicherungszession grundsätzlich ähnlich gelagert.[1001] Die Erörterung wird sich jedoch auch hier primär auf die Sicherungsübereignung von Fahrnis beschränken.

Die vorgetragenen Bedenken sind unterschiedlicher Natur. Sie liegen zum einen auf **dogmatischer** Ebene. *Heck* etwa hält die Bedenken gegen die Befreiung der Sicherungsübereignung von den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften für schwerwiegend, liege doch genau diejenige Interessenlage vor, welche den Gesetzgeber zum Erlass des zwingenden Faustpfanderfordernisses bewogen habe. Der Sache nach liege »unzweifelhaft eine verdeckte Verpfändung vor. Der Grundsatz, daß gleiche Interessenlagen gleich zu behandeln sind, müßte zur Anwendung der Publizitätsnormen führen«. Diese sei im konkreten Fall nur deshalb nicht geboten, weil entscheidende Gegengründe bestünden; darunter die gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Rechtsinstituts und praktische Bedürfnisse.[1002] Die Äußerung hat etwas Typisches: Man ist sich verbliebener Ungereimtheiten wohl bewusst, nimmt sie als unvermeidbare Begleiterscheinung einer allein wirtschaftlich vernünftigen Lösung aber hin und wendet sich im Übrigen Folgefragen zu, darunter der Eindämmung extremer, den gesicherten Gläubiger ungebührlich bevorzugender Ausformungen.[1003] Dass jedenfalls eine »Inkonsequenz« vorliege, begegnet im Schrifttum auch heute;[1004] und wenn Reformüberlegungen angestellt

1001 Das Schrifttum beschränkt sich idR auf kurze Hinweise. Vgl *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] 810 (§ 58 Rn 1): gleichartige Bedenken infolge Vernachlässigung der Publizität. Verstärkt gerät die Sicherungszession in Kritik, die sonst dem Sicherungseigentum an Fahrnis gilt, wenn es nicht um Publizität an sich geht; zB bei *Ott* in AK-BGB II (1980) Vor §§ 398 ff Rn 10: Gefährdung insbesondere ungesicherter Gläubiger durch Ausuferung der Kreditsicherungen; ähnlich *H.P. Westermann* in *Erman* (Begr), BGB I[15] (2017) § 398 Rn 12: grundsätzliche Bedenken gegen Aushöhlung des Schuldnervermögens durch Vorausverfügungen im Rahmen von Globalzessionen, die jedoch infolge gewohnheitsrechtlicher Anerkennung hinzunehmen sind (in der aktuellen Folgeauflage finden sich derleich Bedenken nicht mehr; vgl *Martens* in *Erman* (Begr), BGB I[16] (2020) § 398 Rn 25 f, 32).

1002 *Heck,* Grundriß des Sachenrechts (1930, Neudruck 1960) 432 f; die Ausführungen gelten der Sicherungsübereignung und dem Eigentumsvorbehalt gleichermaßen. Für *Heck* (aaO 433) besteht daneben auch noch ein dritter Grund: Der Gesetzgeber selbst habe unterschieden, und zwar für die Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts und gegen jene des Pfandrechtsvorbehalts. Wer bei der Vorbehaltssicherung diese Unterschiede gelten lasse, könne sie bei der Sicherungsbestellung nicht ablehnen.

1003 Exemplarisch *Lange,* Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung – Eine juristische Überleitungsbilanz, NJW 1950, 565; *Boehmer,* Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II/2 (1952) 149 ff, jeweils mit Nachweis rezenter Diskussions- und Streitpunkte.

1004 Vgl *Wieling,* Sachenrecht I: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen[2] (2006) 827 f. Konsequenzen in die umgekehrte Richtung zieht *D. Schwintowski,* Das besitzlose Pfandrecht – Eine Neuinterpretation des geltenden Rechts (2012): Funktionaler Ansatz mit Übertragung des für die Sicherungsübereignung erreichten Rechtsstands auf das Pfandrecht. Für Zulässigkeit eines besitzlosen Mobiliarpfands (und Deutung des Sicherungseigentums als solches) unter

werden, kommt der Forderung nach Publizität regelmäßig zentrale Bedeutung zu.[1005] Besonders die immer wieder erhobenen Forderungen nach Einführung einer Registerlösung für Pfandrechte oder Mobiliarsicherheiten im Allgemeinen reihen sich hier ein.[1006]

Die Kritik entzündet sich allerdings auch an handfesten praktischen Folgeproblemen der starken Verbreitung publizitätsloser Sicherungsübereignungen. In der frühen Phase besonders heftig ist der Vorwurf systematischen **Missbrauchs** dieses Sicherungsinstruments zur Schädigung der Gläubiger. Als wesentliches Instrument der Eröffnung solcher Missbrauchsmöglichkeiten gilt das dem Sicherungseigentümer von der hA zugebilligte Recht, andere Gläubiger des Sicherungsgebers durch Drittwiderspruchsklage an der Einzelzwangsvollstreckung in das Sicherungsgut gänzlich zu hindern[1007] (§ 771 dZPO;[1008] wie in Österreich[1009] hat sich auch in Deutschland die Gegenansicht, dem Sicherungsnehmer lediglich eine

umfassender Kritik der herrschenden Treuhandlehre zum Sicherungseigentum jüngst *Klinck,* AcP 221 (2021) 447.

1005 Vgl neben den in FN 1006 Zitierten bloß *Wiegand* in *Staudinger* (Begr), BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 35, 41 ff; *Wiegand,* Sachenrechtsmodernisierung, in FS H.P. Westermann (2008) 731 (743 f); *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 305 ff und mehrfach. Kritik am geltenden Recht ferner bei *Prütting,* Sachenrecht[37] (2020) 182 f (Rn 415).

1006 Siehe mit Unterschieden im Einzelnen und ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Schöndorf,* ZHR 68 (1910) 483 (Registerpfand für bestimmte Wirtschaftsgüter); *Salinger* in Verhandlungen des 31. DJT I 409 (gefordert wird Zulassung eines Registerpfandrechts an Sachgesamtheiten neben dem Faustpfand sowie Verbot der Sicherungsübereignung). Der 32. DJT 1921 fordert einstimmig die Einführung einer eintragungspflichtigen Mobiliarhypothek, siehe Verhandlungen des 32. DJT II (1922) 226. In diese Richtung der dortige Mitberichterstatter *Melchior,* Vortrag zur Frage: Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? in Verhandlungen des 32. DJT II (1922) 203; infolge Zweifel über eine wirtschaftlich brauchbare Realisierungsmöglichkeit skeptisch hingegen Berichterstatter *Seiler,* Vortrag zur Frage: Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? in Verhandlungen des 32. DJT II (1922) 185. Zu einem 1926 im Reichstag eingebrachten Legislativvorschlag *Salinger,* Zur Einführung des Registerpfandrechts, DJZ 1926, Sp 633; *Friedländer,* Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend Einführung des Registerpfandrechts, ZBH 1926, 99. Siehe ferner *Oertmann* in Gutachten zum 3. DJT in der Tschechoslowakei 1 (empfiehlt Registerpfandrecht anstelle der Sicherungsübereignung, allenfalls deren Modifikation); für Ausrichtung an jüngeren internationalen Vorbildern: *Kieninger,* AcP 208 (2008) 182; *Kreuzer,* Die Harmonisierung des Rechts der Mobiliarsicherheiten, in *Basedow/Remien/Wenckstern* (Hrsg), Europäisches Kreditsicherungsrecht (2010) 31; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 471 ff. AA in jüngerer Zeit etwa *Rottnauer,* Die Mobiliarkreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung der besitzlosen Pfandrechte im deutschen und englischen Recht (1992) 321 ff (für Abdingbarkeit der Publizitätsvorschriften); *Wohlgemuth,* Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitenrechts 285 ff (Verzicht auf Publizität).

1007 Vgl etwa *Hellwig,* Gläubigernot. Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen (1912) 142, 154 f; *Schwister,* Rechtsprechung und Kreditwesen, DJZ 1934, Sp 12.

1008 Vgl RG VII 536/28, RGZ 124, 73; BGH IV ZR 164/53, BGHZ 12, 232 (234); VIII ZR 60/77, BGHZ 72, 141; *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung III: Die einfache Sicherungsübertragung – Zweiter Teil (1970) 206 ff; *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] 1384, 1404 ff (Rn 2400a, 2435 ff); *Heinze* in *Staudinger,* BGB (2020) Anh zu §§ 929 ff Rn 183 uva. In der Sache zweifelnd offenbar *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] 803 (§ 57 Rn 32).

1009 Siehe oben III.B.2. unter 5.

Klage nach § 805 dZPO auf vorzugsweise Befriedigung einzuräumen,[1010] bislang nicht durchgesetzt). Vor diesem Hintergrund sollen regelrechte Missbrauchsstrategien gleichsam öffentlich beworben worden sein, wie Praktiker berichten:[1011] »Schon vor dem Kriege galt für zahlreiche Schuldner ein Rezept, das in den Schriften des Vereins ›Recht und Wirtschaft‹ dahin formuliert war: ›Das Mobiliar und andere bewegliche Sachen übereignet man einer zuverlässigen Person zur Sicherung einer »Schuld«, behält aber den Besitz miet- oder »leihweise«; werden die Sachen gepfändet, so interveniert der »Eigentümer«, und der Gläubiger hat noch die Kosten des Interventionsprozesses zu tragen.‹« Infolgedessen würden »zahlreiche Gläubiger eine Zwangsvollstreckung und darum auch einen Prozeß einfach nicht mehr riskieren und so mancher böswillige Schuldner, der auf Kosten seiner in ihrem Vertrauen getäuschten Lieferanten oder sonstigen Gläubiger lebt, zu deren Schaden und zum Schaden eines gesunden Kreditwesens triumphier[en]«.[1012] Verlässliches statistisches Material fehlt letztlich.[1013]

Doch nicht nur im eigentlichen Sinne missbräuchliche Sicherungsübereignungen wurden als Problem empfunden. Früh schon sehen sich Handelspartner des Schuldners in dessen Insolvenz – regelmäßig überraschend – mit dem Problem konfrontiert, dass das gesamte schuldnerische Warenlager bereits vor langer Zeit einem einzigen Gläubiger (der Hausbank) zur Sicherheit übereignet worden ist und zur zumindest teilweisen Befriedigung ungesicherter Gläubiger nicht zur Verfügung steht.[1014] Als Problem erscheinen damit nicht mehr nur die Heimlichkeit und Ausschließlichkeit, bzw erscheinen diese nun auch in zum Teil gewandelter Gestalt: Zunehmend wird etwa darauf hingewiesen, dass das Sicherungseigentum mit seiner Vollrechtskonzeption die ihm zugedachten Zwecke aus Sicht der Beteiligten in wesentlichen Punkten nur sehr mangelhaft erfüllt; etwa

---

1010 So bereits *Hellwig,* Gläubigernot 154 ff; ferner zB *Wolff/Raiser,* Sachenrecht[10] (1957) 742 mwN zur älteren Lehre; eingehend *Wieling,* Sachenrecht I[2] 834 ff; vgl auch *K. Schmidt/Brinkmann* in Münchener Kommentar ZPO II[6] (2020) § 771 Rn 30 mwN; *Klinck,* AcP 221 (2021) 447 (475 ff).

1011 Siehe den Beitrag des Präsidenten des OLG Düsseldorf, *Schwister,* DJZ 1934, Sp 12 (Zitat aus Sp 14). Die Anwendung des § 771 ZPO bezeichnet *Schwister* als »eine[r] der schlimmsten Sünden der reinen Begriffsjurisprudenz« (aaO Sp 14). Zum Einfluss dieser Kritik auf den niederländischen Kodifikator *Meijers* unten IV.B.2.b. bei FN 1095, der im Übrigen ganz ähnliche Missbrauchstendenzen feststellt.

1012 *Schwister,* DJZ 1934, Sp 12 (Sp 13).

1013 Zum Problem der bewussten Vereitelung jeglichen exekutiven Zugriffs dritter Gläubiger auch das – 1912, also noch vor der Hochblüte der Sicherungsübereignung, erstattete – Gutachten von *Salinger* in Verhandlungen des 31. DJT I 409 (444 ff) mit verschiedenen Zahlenangaben; er selbst hält eine vorsichtige Schätzung für realistisch, der zufolge mindestens ein Fünftel bis ein Viertel der in Deutschland vorgenommenen gerichtlichen Pfändungen aufgrund von Sicherungsübereignungen aufgehoben werden müssen (aaO 446; eine vermutete Missbrauchsquote wird hier nicht angeführt).

1014 Vgl *Salinger,* DJZ 1926, Sp 633 (Sp 634), nach dessen Schilderung dieses Problem besonders im Großhandel virulent wurde.

weil es eine Mehrfachbesicherung nicht zulässt und damit Vermögenswerte des Schuldners brachliegen liegen lässt, weil eine Ausschöpfung des Werts des Sicherungsguts zugunsten anderer Kreditgeber verhindert wird.[1015] Immer mehr wird es allerdings der potentiell – und in der Praxis zunehmend ausgenutzte – große Haftungsumfang, der Bedenken erregt. Die Rechtsprechung versucht dem mit verschiedenen Mitteln beizukommen; bei der bereits angesprochenen Sicherungsübereignung ganzer (revolvierender) Lagerbestände beispielsweise durch rigide Anforderungen an die Bestimmbarkeit der zu erfassenden Vermögenswerte,[1016] daneben mit dem Instrumentarium der Sittenwidrigkeit (Knebelung; Gläubigergefährdung unter anderem in Anknüpfung an fehlende Publizität).[1017] In ihrem Zusammenwirken zeitigen diese Erscheinungen – Vermögensauszehrung durch Globalsicherheiten einerseits, rechtlich letztlich unsichere Mittel zu deren Bekämpfung andererseits – zum Teil ähnliche Effekte wie das oben beschriebene Missbrauchsproblem: Die rechtlichen Risiken, die andere Gläubiger im Fall einer Bekämpfung von Sicherungsübereignungen gewärtigen müssen, sind beträchtlich; Versuche unterbleiben folglich meist von vornherein. Und im Konkurs fehlen mangels Masse die Mittel. In diesem Sinne berichtet *Hoeniger* 1930:[1018] »Konkursabwicklung ist heute in der Hauptsache gleichbedeutend mit dem Kampfe um die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Sicherungsübereignungen. Dabei muß man noch eines beachten. Zahlreiche höchst zweifelhafte Sicherungsübereignungen können im Rechtswege nur deshalb nicht bekämpft werden, weil der Konkursmasse die Mittel für die Prozeßkosten fehlen.«

Dies leitet über zu dem in den vergangenen Jahrzehnten am nachhaltigsten beklagten Folgeproblem der Zulassung publizitätsloser Mobiliarsicherheiten im Allgemeinen und ihrer Erweiterungen im Besonderen, der **Aushöhlung der Insolvenzmassen.** Der Titel von *Kilgers* berühmtem Aufsatz aus dem Jahre 1975 (»Der Konkurs des Konkurses«)[1019] spricht für sich; der Anteil an Verantwortung, den er aus der Praxis der Insolvenzverwaltung heraus den besitzlosen Mobiliarsicherheiten an der weitgehend eingetretenen Dysfunktion des Konkursverfahrens zuweist, ist nachgerade überragend: Nicht nur vermindern Eigentumsvorbehalte einschließlich Verlängerung und Erweiterung, oft globale Sicherungsübereignungen und -zessionen die Konkursmassen ganz erheblich. Zusätzlich verursachen die Feststellung, Prüfung und Bearbeitung insbesondere von Vorbehaltsrechten

1015 Vgl bereits *Oertmann* in Gutachten zum 3. DJT in der Tschechoslowakei 1 (insb 20); *Derleder,* BB 1969, 725 (mit Lösungsansätzen); ausführlich jüngst *D. Schwintowski,* Das besitzlose Pfandrecht 48 ff (65).
1016 Hierzu näher unten IV.A.2.b.(i.).
1017 Nachweise unten IV.A.2.b.(ii.) in FN 1054.
1018 *Hoeniger,* Anmerkung zu RG VII 500/29 (= RGZ 129, 61), JW 1930, 2936.
1019 *Kilger,* Der Konkurs des Konkurses – Betrachtungen zur gegenwärtigen Situation des deutschen Insolvenzrechts, KTS 1975, 142.

beträchtliche Kosten, die aus der Konkursmasse zu Lasten der Konkursgläubiger zum Zweck der Befriedigung ohnehin bevorrechteter Aussonderungsgläubiger zu tragen sind. Und schließlich hat die Masse Umsatzsteuer auf den Verwertungserlös von Sicherungseigentum auch dann zu zahlen, wenn die Verwertung durch den Gläubiger selbst erfolgt.[1020] Mittelbar verschlechtere sich das Ergebnis für die ungesicherten Gläubiger auch dadurch, dass trotz steigender Überschuldung aufgrund fortgesetzter Warenkredite der (gesicherten) Vorbehaltsverkäufer und fortgesetzter Gewährung von (durch Sicherungsübereignungen und Globalzessionen ebenfalls gesicherten) Geldkrediten nach außen hin jahrelang der Eindruck eines solventen Unternehmens erweckt werden könne.[1021]

Bekannte Konsequenz all dessen sind zunächst ständig sinkende Befriedigungsquoten der ungesicherten Gläubiger bei Durchführung eines Konkursverfahrens.[1022] Weniger verankert im allgemeinen Bewusstsein, in den praktischen Auswirkungen in manchem aber umso dramatischer[1023] ist die weitere Konsequenz, dass in einer großen Anzahl von Fällen Konkursverfahren wegen Masseunzulänglichkeit erst gar nicht eröffnet oder nach Eröffnung alsbald wieder eingestellt werden, was eine geordnete Vermögensverteilung, umso mehr eine in einem geordneten rechtlichen Rahmen durchgeführte Sanierung ausschließt.[1024] Aber auch die Deckungsquoten dinglich gesicherter Gläubiger sind erheblich eingebrochen.[1025]

1020 Siehe *Kilger,* KTS 1975, 142 (148 ff) mit reichem Anschauungsmaterial aus der Praxis. Vgl auch die teils ähnliche Kritik bei *Uhlenbruck,* Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897. Allgemeiner Überblick auch bei *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus,* Insolvenzrecht[2] (2010) Kapitel 8 Rn 1.

1021 *Kilger,* KTS 1975, 142 (151 f).

1022 Vgl die statistischen Angaben für die Bundesrepublik Deutschland bei *Drobnig,* Gutachten F: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? in Verhandlungen des 51. DJT I (1976) F 25: Absinken der Deckungsquote einfacher Konkursgläubiger von 9,2 % im Jahr 1954 auf 3,1 % im Jahr 1974.

1023 Vgl wieder die drastische Schilderung bei *Kilger,* KTS 1975, 142 (156 f) mit Hinweis auf verbreitete »Selbsthilfe« vor allem vermeintlich gesicherter Gläubiger.

1024 Vgl *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus,* Insolvenzrecht[2] Kapitel 8 Rn 1. Nach Angabe dieser Autoren wurden in Deutschland in den Jahren 1985–1990 über 75 % der Konkursanträge mangels Masse abgewiesen. Neueste Zahlen des Statistischen Bundesamts weisen für 2019 (dem letzten repräsentativen Jahr vor der Corona-Pandemie) eine Anzahl von 5.140 mangels Masse abgewiesene Insolvenzverfahren bei 18.749 Insolvenzanträgen von Unternehmen insgesamt aus (27,41 %). Im Jahr 2013 betrug dieser Schnit 25,03 % (6.507 Abweisungen wegen Masseunzulänglichkeit bei 25.995 beantragten Insolvenzverfahren über Unternehmen), im Jahr 2002 waren es noch 42,75 % (16.066 Abweisungen bei 37.579 von Unternehmen beantragten Insolvenzverfahren). Quelle: Statistik Code 52411-0001 unter <https://www.destatis.de/>. Zum Vergleich: In Österreich beträgt der Prozentsatz der mangels Kostendeckung nicht eröffneten Insolvenzverfahren bei Unternehmen seit 2013 relativ konstant ca 40 %; nähere Zahlen unten V.C.2.b.(i.) unter 3. in FN 2162.

1025 Vgl nochmals *Drobnig* in Verhandlungen des 51. DJT I F 25: Die Deckungsquote von Vorrechtsgläubigern (neben dinglich gesicherten Gläubigern auch Gläubiger von Masseforderungen) hat sich von 60,8 % im Jahr 1954 auf 32,9 % im Jahr 1974 in etwa halbiert. Zur teils fehlenden Realisierbarkeit dinglicher Mobiliarsicherheiten vor allem bei Unterbleiben eines Konkursverfahrens wieder *Kilger,* KTS 1975, 142 (156 f).

In der Diskussion um mögliche **Gegenmaßnahmen** spielt zunächst der Abbau allzu weitreichender dinglicher Sicherungsformen eine zentrale Rolle.[1026] *Drobnig* schlägt in seinem Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag 1976 konkret den Ausschluss aller »Verlängerungsformen« dinglicher Sicherheiten (Vorausabtretungs-, Verarbeitungs- und Verbindungsklauseln) vor, jedenfalls zu eliminieren sei die Möglichkeit der Konzernklausel als Maximalspielart des sog erweiterten Eigentumsvorbehalts.[1027] Vom Gesetzgeber aufgegriffen wurde lediglich der zuletzt genannte Aspekt: Seit 1999 ist der Konzernvorbehalt ausgeschlossen (heute § 449 Abs 3 BGB).

Zugleich, dh mit der ebenfalls 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung 1994, hat man versucht, im **Insolvenzrecht** Entlastungen für die ungesicherten Gläubiger zu bewirken. Diese Maßnahmen betreffen allerdings nicht den Eigentumsvorbehalt, sondern Absonderungsrechte; also praktisch in erster Linie Sicherungseigentum und sicherungsweise abgetretene Forderungen. Der Ansatz besteht darin, dem gesicherten Gläubiger »Kostenbeiträge« aufzuerlegen; er hat im Laufe der Vorarbeiten eine erhebliche Abschwächung erfahren: Im 1. Bericht der Kommission für Insolvenzrecht 1985 war noch vorgesehen, den durch Eigentumsvorbehalt, Sicherungseigentum oder Sicherungsabtretung gesicherten Gläubiger im Liquidationsverfahren mit einem pauschalen Verfahrensbeitrag von 25 % des Verwertungserlöses zu belasten, der im Wege einer endgültigen Umverteilung den ungesicherten Gläubigern zufließen sollte.[1028] Vergleichbare Ansätze werden im Verlauf dieser Arbeit wieder begegnen.[1029] Eingeführt wurde letztlich ein entschärftes Modell: Der Masse gebühren verkürzt dargestellt pauschal 4 % des Verwertungserlöses aus dem Absonderungsgut für die Feststellung des Sicherungsgegenstands

1026 Neben den im Text genannten Vorschlägen von *Drobnig* siehe allgemein *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 35, 44 ff.

1027 Siehe *Drobnig* in Verhandlungen des 51. DJT I F 54 (allgemein zu den primären Zielen einer Reform) und F 98 zu den zitierten konkreten Maßnahmen. Würden die »Verlängerungsformen« nur beschränkt und nicht ausgeschlossen, sei zusätzlich zum Konzernvorbehalt auch die Erweiterung des Eigentumsvorbehalts zur Sicherung von Forderungen aus der Geschäftsverbindung zu beseitigen.

1028 Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1985) 312 ff (Leitsatz 3.3.2.). Ablehnend *Serick,* Mobiliarsicherheiten und Insolvenzrechtsreform (1987) 90 ff = *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum VI: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung – Dritter Teil (1986) 846 ff. Überblick zu den verschiedenen Stufen des Reformvorhabens bei *Kern* in Münchener Kommentar InsO II^{4} (2019) § 170 Rn 10 ff. – Die im Ergebnis verwandte Idee, einen Teil des Schuldnervermögens auf jeden Fall von Sicherungsrechten freizuhalten, um ungesicherten Gläubigern zumindest eine gewisse Quote zu sichern, wurde bereits im Vorfeld des 41. DJT 1955 diskutiert, vom Referenten (der Sitzung war kein Gutachten vorausgegangen) jedoch als »praktisch nicht durchführbar« wieder beiseitegestellt; siehe *H. Westermann,* Referat, in Verhandlungen des 41. DJT II (1956) F 3 (F 20).

1029 Zur englischen *carve-out*-Regelung nach section 176A Insolvency Act 1986 idF 2002 unten IV.E.2.b. unter 2. aE. Siehe ferner die Diskussion unter V.C.2.b.(ii.) zum DCFR.

und der daran bestehenden Rechte, zudem grundsätzlich pauschal 5 % für dessen Verwertung, wenn diese vom Insolvenzverwalter – wozu er nach der InsO berechtigt ist – vorgenommen wurde. Sind die tatsächlichen Verwertungskosten erheblich höher oder geringer, sind diese Kosten anzusetzen. Daneben gebührt der Masse der Ersatz von Umsatzsteuer, wenn sie infolge der Verwertung mit solcher belastet wird. Diese Beiträge aus dem Erlös fließen vorab an die Masse; aus dem Rest ist der gesicherte Gläubiger zu befriedigen (§§ 170, 171 InsO).[1030] Zu beachten ist freilich, dass diese Regelung nicht unbedingt zu einer endgültigen Entlastung der Masse führt: Dem Sicherungsnehmer wird zugestanden, die genannten Kostenbeiträge durch Vereinbarung einer Übersicherung aufzufangen.[1031]

Damit beschreibt die schon vor Inkrafttreten des BGB begonnene, über Jahrzehnte stetig ansteigende, lediglich von der Rechtsprechung phasenweise in ihrem Verlauf geringfügig gestörte Kurve des Sicherungspotenzials von besitzloser Sicherungsübereignung und Sicherungszession erstmals eine leichte Abwärtsbewegung: Am Anfang steht das Bedürfnis des Verkehrs nach Sicherungsformen, die dem Kreditnehmer die weitere Nutzung seines Fahrnisvermögens gestattet. Die Formularpraxis nützt die gewährte Möglichkeit zur Einräumung möglichst umfangreicher Sicherungen an möglichst vielen Vermögenswerten, körperlichen wie unkörperlichen, und für möglichst viele gesicherte Forderungen. Diese Bemühungen verlaufen äußerst erfolgreich, zunehmend typischerweise zugunsten eines einzigen Großgläubigers. Die Befriedigungsaussichten ungesicherter Gläubiger tendieren schließlich gegen null. Der Gesetzgeber sieht sich letztendlich zu Einschränkungen veranlasst. Diese Beobachtung, die übrigens in groben Zügen ähnlich auch zur englischen *floating charge* verzeichnet werden kann, ist für die spätere Diskussion von Reformoptionen für Österreich vorzumerken.

b. Ausgewählte Einzelfragen

(i.) Bestimmtheits- und Spezialitätsgrundsatz

Wie erwähnt haben Rechtsprechung und Lehre zu Zeiten versucht, ein Ausufern globaler Sicherungsübereignungen insbesondere von gesamten Warenlagern durch strenge Handhabung des »Bestimmtheitsgrundsatzes« einzudämmen. Die Entwicklung dieser Frage verdient hier etwas nähere Beachtung, weil auch zu den vorliegenden Reformmodellen wie dem DCFR zu diskutieren sein wird, inwieweit diese mit allgemeinen vertrags- oder sachenrechtlichen Prinzipien kompatibel

1030 Einzelheiten etwa bei *Kern* in Münchener Kommentar InsO II[4] § 170 Rn 14 ff, § 171 Rn 12 ff. Insbesondere kommt eine (analoge) Anwendung auf Aussonderungsrechte (Eigentumsvorbehalt) nicht in Betracht *(Kern* aaO § 170 Rn 16).

1031 Vgl *Kern* in Münchener Kommentar InsO II[4] § 170 Rn 5; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus,* Insolvenzrecht[2] Kapitel 25 Rn 27, jeweils mwN und unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien.

sind bzw ob aus solchen Grundsätzen allenfalls Einschränkungen in Hinblick auf die Bestellung »globaler« Mobiliarsicherheiten folgen können oder gar müssen.

Das Reichsgericht hat in den 1920er Jahren Versuche unternommen, dem verbreiteten Aufkommen von Sicherungsübereignungen an revolvierenden Lagerbeständen entgegenzuwirken. Als probates Mittel schienen sich allgemeine sachenrechtliche Erwägungen der notwendigen Bestimmtheit des Übertragungsgegenstands anzubieten. Der hauptsächliche Angriff erfolgte über eine praktisch überaus bedeutsame Flanke, nämlich den Umstand, dass sich in Lagerbeständen in aller Regel auch Waren befinden werden, die der Sicherungsgeber unter Eigentumsvorbehalt angekauft aber noch nicht abbezahlt hat, sodass sie noch im Eigentum des Lieferanten stehen. Dennoch sollen auch diese Waren letztendlich dem Kreditgeber als Sicherheit dienen. Hier hakt das Reichsgericht ein: Werden nachträglich Waren in das Lager aufgenommen, die unter vorbehaltenem Eigentum eines Dritten stehen, scheitere die Begründung von Sicherungseigentum an revolvierenden Lagerbeständen – zur Gänze – an der fehlenden Bestimmtheit des Sicherungsguts. Bestimmbarkeit im Zeitpunkt der Konkurseröffnung genüge nicht; die übereigneten Sachen müssen im Vertrag bestimmt bezeichnet werden.[1032] Die Wirksamkeit eines antizipierten Besitzkonstituts in Bezug auf künftig neu in den Bestand eintretende Sachen wird in Fortführung dieses Ansatzes schließlich überhaupt in Zweifel gezogen.[1033] Zwar ist das Reichsgericht von dieser extremen Linie wenig später wieder abgerückt, indem es für die Bestimmtheit des Gegenstands der Sicherungsübereignung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt und daraus gefolgert hat, dass nachträgliche Ereignisse, die außerhalb des Vertrags liegen (wie das spätere Eingliedern von Vorbehaltsware), diesem »nicht nachträglich seine Bestimmtheit rauben« können.[1034] An den bereits wirksam übertragenen Gegenständen behält der Sicherungsnehmer danach sein Sicherungseigentum. Doch ist auch die nachfolgende Rechtsprechung, obwohl sie grundsätzlich mit einem einheitlichen Instrumentarium zu operieren scheint, nicht gleichförmig.[1035] Zentrales Kriterium dieser Rechtsprechung wird die **Bestimmtheit** des Sicherungsgegenstands in der **dinglichen Einigung** (dem

---

1032 Siehe etwa RG VI 508/25, RGZ 113, 57 (insb 62); VII 500/29, RGZ 129, 61. Kritik zB bei *Boehmer,* Grundlagen II/2, 151.

1033 So im Rahmen einer ausführlichen Analyse der Sicherstellung mittels revolvierender Lagerbestände bei *Oertmann* in Gutachten zum 3. DJT in der Tschechoslowakei 1 (13 f).

1034 RG VII 205/30, RGZ 132, 183 (188) in Abkehr von RGZ 113, 57.

1035 Im Ergebnis zur alten Restriktion zurückkehrend BGH IV ZR 24/56, BGHZ 21, 52: Umfasst das Lager Eigengut und Vorbehaltsgut, scheitert die Begründung von Sicherungseigentum an allen in bestimmte Räume verbrachten Sachen an fehlender Bestimmtheit. Gegenteilig zu einem ähnlichen Sachverhalt mit ähnlicher Sicherungsvereinbarung (Sicherungsübertragung des jeweiligen Anwartschaftsrechts bzw erworbenen Eigentumsrechts) BGH VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16. Letztere Auffassung setzt sich durch.

Verfügungsgeschäft). Dieses gesetzlich nicht explizit normierte Erfordernis ergebe sich »aus der Lehre vom Vertrag. Eine Übereignung setzt eine wirksame Einigung, d. h. einen dinglichen Vertrag über den Übergang des Eigentums voraus. Die Einigung kann sich ihrer Natur nach jedoch stets nur auf bestimmte Gegenstände beziehen.«[1036] Dem ist nach sich schließlich verfestigender Judikatur entsprochen, wenn *alle* in einem bestimmten Raum befindlichen Warenvorräte von der Verfügung erfasst werden.[1037] Denn der Grundsatz der Bestimmtheit der dinglichen Einigung erfordere nicht die individuelle Bezeichnung jedes einzelnen Gegenstands (zB in einer Inventarliste). Vielmehr können die Parteien Sammelbezeichnungen gebrauchen: »Dem Bestimmtheitsgrundsatz wird auch dann ausreichend Rechnung getragen, wenn es infolge der Wahl einfacher, äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind.«[1038] Dem ist wie angedeutet typischerweise entsprochen, wenn sich die Sicherungsübereignung auf alle Waren bezieht, die in genau bezeichneten Räumlichkeiten aufbewahrt werden. Der »Raumsicherungsvertrag« ist heute wohl geradezu Paradigma der Sicherungsübereignung von revolvierenden Beständen.[1039] Lassen sich nicht alle betroffenen Gegenstände in bestimmten Räumen unterbringen, greift die Praxis mit Billigung des BGH zur Kennzeichnung der außerhalb lagernden Stücke durch Markierungen, die eine Unterscheidung von nicht übereigneten Gegenständen ermöglichen.[1040] Den an die »Bestimmtheit« anzulegenden Maßstäben muss bezogen auf den Zeitpunkt der Einigung über den

1036 BGH VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16 (19 f) unter Berufung auf *Erath,* Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bei Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, AcP 128 (1928) 344 (347). Vgl ferner BGH VIII ZR 93/78, BGHZ 73, 253 uva.

1037 Vgl abermals BGH VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16 (20 und mehrfach).

1038 BGH VIII ZR 93/78, BGHZ 73, 253 (254): Sammelbezeichnung »Hausinventar des gemeinsam bewohnten Einfamilienhauses« genügt. Ähnlich (mit gegenteiligem Ergebnis) bereits BGH IV ZR 24/56, BGHZ 21, 52 (56). Aus der jüngeren Rsp BGH II ZR 11/91, NJW 1992, 1161 mwN; BGH II ZR 314/98, NJW 2000, 2898. Überblick zur Judikaturentwicklung bei *Feuerborn,* Der Bestimmtheitsgrundsatz bei der Übereignung von Sachgesamtheiten, ZIP 2001, 600, insb 601 zu Lockerungstendenzen ab 1992; hierzu auch *Gursky,* Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mobiliarsachenrecht – Teil 1, JZ 1997, 1094 (1095 ff). Vgl ferner *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II: Die einfache Sicherungsübertragung – Erster Teil (1965) 152 ff.

1039 Vgl bloß *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II 164 ff; *Oechsler* in Münchener Kommentar BGB VIII[8] (2020) Anh §§ 929–936 Rn 7; Muster eines solchen Raumsicherungsvertrags mit Erläuterungen zB bei *Wittig,* Sicherungseigentum, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg), Kreditsicherung[10] (2018) 476 (545 ff); *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] 1005 ff (Anhang 7).

1040 Gebilligt in BGH II ZR 314/98, NJW 2000, 2898. Die Markierungen müssen als solche nicht auf das Bestehen eines Sicherungsrechts schließen lassen, sondern nur Unterscheidbarkeit gewährleisten. In der genannten E waren die betreffenden Stücke »mit einer roten Nummerierung und/oder einem ›M‹, … teilweise auch nur mit einem roten Punkt gekennzeichnet« bzw »mit einem Etikett mit dem Aufdruck ›F.S.‹ versehen«. Näher auch *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II 166 ff.

Eigentumsübergang entsprochen sein.[1041] Ist dies nicht der Fall, ist die dingliche Einigung zur Gänze unwirksam, die sicherungsweise Übereignung somit an keinem der vermeintlich erfassten Gegenstände erfolgt.[1042] – Bei weitem weniger streng verfährt die Judikatur dagegen bei der sicherungsweisen (Voraus-)Abtretung von **Forderungen**: Hier genüge »**Bestimmbarkeit**«; die einzelne Forderung müsse durch die Vorausabtretung (das vorweg geschlossene Verfügungsgeschäft) »individuell so genügend bestimmt« sein, »daß es nur noch ihrer Entstehung bedarf, um die Übertragung mit der Entstehung ohne weiteres und zweifelsfrei wirksam werden zu lassen«. Dem sei auch dann entsprochen, wenn zB die von einem verlängerten Eigentumsvorbehalt eines Buchverlags erfassten Forderungen des Buchhändlers (Käufers) gegen seine Abnehmer erst durch – mehrere Monate in Anspruch nehmende – Überprüfung von Lieferscheinen, Remittendenfakturen und halbmonatlich für die Abnehmer erstellte Sammelrechnungen und unter Heranziehung der entsprechenden Debitorenkonten genau festgestellt werden können.[1043]

Diese Diskrepanz in der Anwendung eines vermeintlich einheitlichen Kriteriums der »Bestimmtheit« bzw »Bestimmbarkeit« macht stutzig. *Serick* versucht sie mit der unterschiedlichen Natur des Übertragungsgegenstands (körperliche Sache; Forderung) zu rechtfertigen,[1044] was aber gerade bei den hier primär interessierenden antizipierten Verfügungen, bei denen eine der Besitzausübung zugängliche Sache eben noch nicht vorhanden ist und die Individualisierung in allen Fällen »vergeistigt« stattfinden muss, als Rechtfertigung für unterschiedliche Maßstäbe nicht überzeugen kann. Vielmehr tragen die in der zitierten Rechtsprechung zur Sicherungsübereignung von Fahrnis etablierten Formeln – mit ihrem Abstellen auf »äußere Abgrenzungskriterien«, die Perspektive eines Dritten und

---

1041 In diesem Sinne präzisierend BGH IX ZR 228/86, WM 1988, 346. Daher keine wirksame Übereignung von (in einer Liste verzeichneten) Einrichtungsgegenständen einer bestimmten Wohnung, wenn diese nach der Vereinbarung nur »insoweit, als diese Gegenstände nicht der Unpfändbarkeit gemäß §§ 808 ff ZPO unterliegen«, erfolgen soll: Die Beurteilung hätte allenfalls ein Gerichtsvollzieher oder mit dem Zwangsvollstreckungsrecht vertrauter Jurist zu einem späteren Zeitpunkt, nicht aber »der Dritte« im Übereignungszeitpunkt »ohne Schwierigkeit« vornehmen können.

1042 Vgl etwa BGH IX ZR 228/86, WM 1988, 346.

1043 Exemplarisch BGH VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 (89 f). Näher *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II 276 ff.

1044 *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II 151 f: Die Übereignung beweglicher körperlicher Sachen erfolge durch Übertragung von (allenfalls mittelbarem) Besitz. Die für den Besitz konstitutive tatsächliche Gewalt über die Sache (§ 854 BGB) könne aber erst ausgeübt werden, wenn ihr Gegenstand feststehe, also eine konkrete, bestimmte Sache in den Herrschaftsbereich des Besitzers gelangt sei. Nur eine solche könne übergeben, nur an eindeutig bestimmten Sachen ein Besitzmittlungsverhältnis begründet werden. Eine Forderung hingegen werde durch bloßen Abtretungsvertrag übertragen; »irgendwelche Veränderungen im Bereiche des Körperlichen sind nicht erforderlich«.

leichte Erkennbarkeit – in die Frage einer ausreichenden Willenseinigung inter partes mehr hinein, als für eine solche eigentlich erforderlich ist; etwas, das man mit *Wiegand* als »Gemisch aus Publizitäts- und Transparenzerwägungen« bezeichnen könnte.[1045] Die hA in Deutschland spannt damit zusammen, was rein nach der Natur der Sache vielleicht nicht notwendigerweise zusammengehört:[1046] Der allgemeine sachenrechtliche Grundsatz der **Spezialität,** demzufolge dingliche Rechte nur an bestimmten einzelnen Sachen möglich sind, was der Rechtsklarheit dienen soll, »gilt« für das Verfügungsgeschäft, das sich folglich immer auf einzelne Sachen beziehen muss;[1047] und diese Kombination wird zudem vom bisher erörterten Bestimmtheitsgrundsatz nicht unterschieden.[1048] Zuweilen werden Spezialitäts- und Bestimmtheitsgrundsatz dagegen als selbständige Institute verstanden. Dem Bestimmtheitsgrundsatz fällt dabei meist die Funktion zu, bei jeder Verfügung exakt zu konkretisieren, welcher »bestimmte« Gegenstand (iSd Spezialitätsgrundsatzes) von der Verfügung betroffen ist.[1049]

Festzuhalten ist schließlich auch, dass die Differenzierung zwischen »Bestimmtheit« und »Bestimmbarkeit« ebenso wie jene zwischen »innervertraglichen« und »außervertraglichen« Umständen in jüngerer Zeit vermehrt in Kritik gerät. Besonders *Wiegand* vertritt die Auffassung, dass für den (insoweit deutlich als rechtsgeschäftliches Prinzip verstandenen) Bestimmtheitsgrundsatz richtigerweise darauf abzustellen sei, »ob durch **Auslegung** der Parteivereinbarungen festgestellt werden kann, welche Gegenstände übereignet werden sollten. Dafür können – wie für jede Vertragsauslegung – alle Umstände herangezogen werden,

1045 So *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 105 (vgl ferner insb Rn 101, 104 und 110); zT ähnliche Kritik bei *Füller,* Eigenständiges Sachenrecht? (2006) 19 f; *Wieling,* Sachenrecht I[2] 334 f; *Heinze* in *Staudinger,* BGB (2020) Anh zu §§ 929 ff Rn 36; gegen Übernahme der Funktion, Transparenz und Leichtigkeit der Güterzuordnung aus Sicht Dritter sicherzustellen, auch *Oechsler* in Münchener Kommentar BGB VIII[8] Anh §§ 929–936 Rn 5.

1046 Vgl die Diskussion unter V.C.2.a.(ii.) zum Spezialitätskonzept in Buch IX DCFR, das die Spezifizierung des Sicherungsguts ausdrücklich von den Voraussetzungen eines Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts sowie von Publizitätsanforderungen entkoppelt.

1047 Ganz hA; statt vieler *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] 39 f (§ 4 Rn 17 ff); *Westermann/Gursky/Eickmann,* Sachenrecht[8] (2011) 24 f (§ 2 Rn 6 f); *Wieling,* Sachenrecht I[2] 41; *Stadler* in *Soergel* (Begr), BGB XIV[13] (2002) Einleitung Sachenrecht Rn 43; *Prütting,* Sachenrecht[37] 15 (Rn 24).

1048 Vgl wieder *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] 39 f (§ 4 Rn 17 ff); *Westermann/Gursky/Eickmann,* Sachenrecht[8] 24 f (§ 2 Rn 6 f); *Stadler* in *Soergel,* BGB XIV[13] Einleitung Sachenrecht Rn 43; *Gaier* in Münchener Kommentar BGB VIII[8] Einl Sachenrecht Rn 21; *Feuerborn,* ZIP 2001, 600 (602); *Ch. Berger* in *Jauernig* (Begr), BGB[18] (2021) Vor § 854 Rn 5 und § 929 Rn 5. Ähnlich *Füller,* Eigenständiges Sachenrecht? 16 f und im Wesentlichen wohl auch *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] 24 ff (Rn 20 f), jeweils mit Bezug auch auf den Typenzwang. Grundsätzlich gegen eine Differenzierung zwischen Bestimmtheits- und Spezialitätsgrundsatz auch *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 95.

1049 So *Prütting,* Sachenrecht[37] 15 ff (Rn 23a ff, insb Rn 27); ebenso *Grädler,* Die Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen im deutschen Recht (2012) 175 ff mwN zur Diskussion; zuvor schon *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II 148 ff (insb 150); ähnlich *Brehm/Berger,* Sachenrecht[3] (2014) 23 f (Rn 1.42 f).

die geeignet sind, den Parteiwillen zu ermitteln«.[1050] Bei der Verwendung von Sammelbezeichnungen bei der Verfügung über Sachgesamtheiten könne es nur darum gehen, sicherzustellen, »dass die Verfügungsgegenstände jederzeit ermittelt werden können. Sofern und solange das möglich ist, spielt es keine Rolle, ob diese Feststellung langwierig oder nur mit Hilfe außervertraglicher Elemente erfolgen kann (...). Nur wenn die Feststellung endgültig scheitert, ist die Sicherungsübereignung unwirksam«.[1051] Damit ist die Assimilierung an die Judikatur zur Sicherungszession praktisch erreicht. Jedenfalls unter Zugrundelegung dieser Auffassung kommt dem (bei *Wiegand* kombiniert verstandenen) Bestimmtheits- bzw Spezialitätsgrundsatz, was die maximale Ausdehnung globaler Mobiliarsicherheiten betrifft, kaum mehr eine einschränkende Funktion zu; auch nach sonstigem Verständnis ist diese zumindest im Ergebnis sehr gering: »Alle« Forderungen aus einem Geschäftsbetrieb können ohne weiteres zur Sicherheit abgetreten,[1052] ebenso »alle« Waren zur Sicherheit übereignet werden, jedenfalls wenn sie sich in einem genau definierten Raum befinden.[1053]

(ii.) Übersicherung

In den Bereich der Übersicherung spielen schon ältere Rechtsprechungslinien zur Nichtigkeit der Sicherungsabrede wegen Knebelung und Nichtigkeit bzw Schadenersatzpflicht wegen Kredittäuschung und Gläubigergefährdung.[1054] In der späteren Judikatur treten die Tatbestände der anfänglichen bzw nachträglichen Übersicherung in den Vordergrund: Ist bereits bei Vertragsschluss sicher, dass im noch ungewissen Verwertungsfall ein auffälliges Missverhältnis zwischen der gesicherten Forderung und dem realisierbaren Wert des Sicherungsguts bestehen wird (**anfängliche** Übersicherung), kann der Sicherungsvertrag nach § 138 BGB sittenwidrig und damit – zur Gänze – unwirksam sein. Weitere Voraussetzung ist, dass die Übersicherung auf einer »verwerflichen Gesinnung« des Sicherungsnehmers

---

1050 *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 100 (Hervorhebung gegenüber Original verändert); vgl auch *Füller,* Eigenständiges Sachenrecht? 17 und 20; *Oechsler* in Münchener Kommentar BGB VIII[8] Anh §§ 929–936 Rn 6; referierend mwN *Heinze* in *Staudinger,* BGB (2020) Anh zu §§ 929 ff Rn 30, 32.

1051 *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 104 aE; zustimmend *Gursky,* JZ 1997, 1094 (1097); vgl auch *Heinze* in *Staudinger,* BGB (2020) Anh zu §§ 929 ff Rn 34, 36.

1052 Vgl etwa *Wittig* in *Lwowski/Fischer/Gehrlein,* Kreditsicherung[10] 651 f (§ 13 Rn 31) mwN.

1053 *Oechsler* in Münchener Kommentar BGB VIII[8] Anh §§ 929–936 Rn 7; Muster eines solchen Raumsicherungsvertrags mit Erläuterungen zB bei *Wittig* in *Lwowski/Fischer/Gehrlein,* Kreditsicherung[10] 545 ff.

1054 Ausführlich zusammengefasst bei *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung III 63 ff, 73 ff, 105 ff; vgl ferner *Lange,* NJW 1950, 565 (567 ff); *Boehmer,* Grundlagen II/2, 152 ff; aus jüngerer Zeit *Aschenbrenner,* Die Sicherungsübereignung im deutschen, englischen und brasilianischen Recht (2014) 178 ff; siehe auch *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 281 ff und die Rechtsprechungsnachweise oben in FN 885.

beruht, wovon zB bei Rücksichtslosigkeit gegenüber den berechtigten Belangen des Sicherungsgebers ausgegangen werden könne.[1055] Die einschneidende Rechtsfolge der Totalnichtigkeit geht merklich über das Anliegen eines reinen Schuldnerschutzes hinaus und kommt im Endeffekt vor allem anderen Gläubigern zugute.[1056] In praktischer Hinsicht gilt das Sittenwidrigkeitsinstrument als eher »stumpfes Schwert« in der Hand des Sicherungsgebers, da ihn im Prozess die Beweislast sowohl für die erwähnten subjektiven Voraussetzungen als auch in Bezug auf das »auffallende Missverhältnis« trifft, welches zudem immer nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden kann und damit zwangsläufig Unsicherheiten aufwirft.[1057] Im Falle **nachträglicher** Übersicherung nimmt die jüngere Rechtsprechung nach langjährigen internen Divergenzen[1058] einen ermessensunabhängigen Freigabeanspruch auch dann an, wenn der Sicherungsvertrag keine oder eine ermessensabhängig ausgestaltete Freigabeklausel enthält. Die Grenze für das Entstehen eines solchen Freigabeanspruchs wird unter Rückgriff auf § 237 Satz 1 BGB für den Regelfall bei 150 % des Schätzwerts des Sicherungsguts angesetzt.[1059] Auch die Effizienz dieses Ansatzes wird als eher beschränkt eingestuft.[1060]

(iii.) Sonstiges

Einige weitere Aspekte, auf die im Rahmen dieser Arbeit zurückzugreifen sein wird, haben im Rahmen der bisherigen Darstellung bereits Erwähnung gefunden. Es soll genügen, sie hier kurz aufzulisten: Wie im österreichischen Recht kommt dem Sicherungseigentümer bzw Sicherungszessionar in der Insolvenz des Sicherungsgebers trotz Vollrechtsübertragung infolge der wirtschaftlichen Nähe seiner Sicherung zum Pfandrecht bloß ein **Absonderungsrecht** zu, also das Recht auf vorrangige Befriedigung aus dem Sicherungsgut, nicht jedoch ein Anspruch auf Herausgabe desselben.[1061] Manche Autoren vertreten aufgrund der weitgehenden funktionalen Äquivalenz zum Pfandrecht überhaupt die generelle Anwendung

1055 BGH IX ZR 74/95, NJW 1998, 2047. Vgl statt vieler etwa *Westermann/Gursky/Eickmann,* Sachenrecht[8] 398 ff (§ 44 Rn 32 ff); zu in der Literatur zT vertretenen Wertgrenzen oben FN 881.

1056 Nähere Kritik bei *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 284 ff.

1057 *Herresthal* in *Staudinger* (Begr), BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts[7] (2020/21) L Rn 56.

1058 Zusammengefasst bei *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] 1394 ff (Rn 2414 ff).

1059 BGH GSZ 1 und 2/97, BGHZ 137, 212. Zusammenfassend etwa *G.H. Roth/Kieninger* in Münchener Kommentar BGB III[8] § 398 Rn 122 ff; näher *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] 1397 ff (Rn 2423 ff).

1060 Vgl *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] 1401 (Rn 2430); *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 288. Eingehende Kritik der gesamten Übersicherungsjudikatur, insbesondere auch in Hinblick auf praktische Unsicherheiten und Unwägbarkeiten, bei *D. Schwintowski,* Das besitzlose Pfandrecht 25 ff.

1061 §§ 50, 51 Nr 1 InsO. Dem Insolvenzverwalter kommt nach §§ 166 ff InsO die Verwertungshoheit über das mit Absonderungsrechten belastete Sicherungsgut zu. Bewegliche körperliche Sachen, die der Insolvenzverwalter in Besitz hat, können (unter bestimmten Kautelen) freihändig verwertet, Forderungen eingezogen oder anders verwertet werden (§ 166 Abs 1 bzw 2 InsO).

von Pfandrechtsregeln, soweit es nicht um die Bestellung der Vollrechtssicherheit geht.[1062] Die Wirkung des Sicherungsrechts im Fall der Einzelzwangsvollstreckung in das beim Schuldner befindliche Sicherungsgut entspricht – wie in Österreich – nach hA hingegen dem Vollrechtskonzept: Der Sicherungsnehmer kann die Exekution zur Gänze abwehren (§ 771 dZPO) und ist nicht auf vorrangige Befriedigung (§ 805 dZPO) beschränkt.[1063]

Ebenfalls bereits zur Sprache gekommen ist die vom BGH entwickelte Lösung zur Kollision einer (typischerweise vorangehenden) sicherungsweisen Globalzession mit der (späteren) Abtretung von Kaufpreisforderungen im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts (»Vertragsbruchtheorie«): Die Globalzession ist nach §§ 134, 138 BGB nichtig, wenn nicht mit dem Schuldner vereinbart ist, dass Forderungen, die von einem branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalt erfasst werden, entweder a) von der Abtretung ausgenommen sind, oder b) die Abtretung durch das Erlöschen des vorbehaltenen Eigentums aufschiebend bedingt ist (dingliche Vorrangs- oder Verzichtserklärung).[1064] Im Ergebnis wird der Waren- gegenüber dem Geldkreditgeber bevorzugt.

3. Eigentumsvorbehalt

1. Zum Eigentumsvorbehalt können hier ebenfalls einige kürzere Hinweise genügen. Die grundsätzliche Zulässigkeit des »einfachen« (nur die Kaufpreisforderung deckenden) Eigentumsvorbehalts steht seit Inkrafttreten des BGB, das ihm mit § 455 (heute § 449 BGB) eine ausdrückliche Regelung widmet, nicht mehr zur Diskussion. Die zuvor zum Teil erhobenen Zweifel, ob der publizitätslose Eigentumsvorbehalt mit den Grundwertungen pfandrechtlicher Publizitätsvorschriften kompatibel sei, waren damit ohne vertiefte dogmatische Auseinandersetzung rein faktisch vom Tisch.[1065]

2. Die **Geltendmachung** der Sicherheit aus dem Eigentumsvorbehalt erfolgt durch Rücktritt vom Kaufvertrag und Rückforderung der Sache. Dies entspricht dem klassischen Konzept des Eigentumsvorbehalts, wie es zum österreichischen Recht bereits näher erörtert worden ist. Engere Grenzen als nach österreichischem Recht[1066] setzt das deutsche im Ergebnis allerdings für vertragliche Modifikationen dieses Modells, denen zufolge die Kaufpreisforderung in voller Höhe aufrecht

1062 So zum Sicherungseigentum insbesondere *Wieling,* Sachenrecht I² 827 f mwN.
1063 Vgl oben IV.A.2.1. mit Nw in FN 1008 bis 1010.
1064 Vgl oben III.C.2.c.(ii.) in Zusammenhang mit der Diskussion zum österreichischen Recht; Nachweise dort in FN 894.
1065 Siehe näher oben II.B.6.a.
1066 Dazu oben III.D.2. insbesondere unter 3.

erhalten und dennoch Befriedigung aus der Vorbehaltsware gesucht werden soll: Seit der Schuldrechtsreform bestimmt § 449 Abs 2 BGB, dass der Verkäufer die Sache aufgrund des Eigentumsvorbehalts nur herausverlangen kann, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist (»keine Rücknahme ohne Rücktritt«). Die Bestimmung ist zwar grundsätzlich dispositiv, doch wird die formularmäßige Einräumung eines Rücknahmerechts ohne Rücktritt gegenüber Verbrauchern jedenfalls[1067] und gegenüber Unternehmern zumindest nach verbreiteter Auffassung für unwirksam erachtet.[1068] Individualvertragliches Abweichen gilt hingegen als zulässig.

3. Teils wesentliche Unterschiede gegenüber dem österreichischen Recht ergeben sich im Bereich der vielfältigen **Erweiterungsformen** der Vorbehaltssicherung. Für Österreich hat sich hier das Publizitätsprinzip als weithin bestimmender Faktor erwiesen, das, vom Pfandrecht ausgehend, Geltung für die Sicherungsübereignung und weitergehend auch für die Grenzziehungen bei Sonderformen des Eigentumsvorbehalts beansprucht.[1069] Ganz anders die Entwicklung in Deutschland: Die Anerkennung publizitätsloser Sicherungsübereignungen und Sicherungszessionen ebnet den Weg für umfassende »horizontale« Erweiterungen der Sicherung durch vorbehaltenes Eigentum (Ausweitung des Kreises gesicherter Forderungen) und ebenso für weitgehende Erstreckungen der Sicherheit in Surrogate dort, wo die ursprünglich verkaufte Sache als Sicherungsobjekt nicht mehr zur Verfügung steht (»vertikale« Ausweitung). Kritik entzündet sich demgemäß auch weniger aufgrund der Publizitätslosigkeit dieser Sonderformen; Bedenken betreffen eher die zunehmende **Verfremdung** des ursprünglichen Instituts des Eigentumsvorbehalts sowie den **Umfang** der mittels diverser Erweiterungen geschaffenen Verkäufersicherung.[1070] Keine der im Folgenden referierten Erweiterungen oder Erstreckungen tritt von selbst ein; erforderlich ist stets eine entsprechende Vereinbarung der Parteien. Der Hinweis mag banal erscheinen, das Erfordernis einer vertraglichen Begründung erweist sich im internationalen Vergleich allerdings nicht für alle Fälle als selbstverständlich.

1067 BGH XII ZR 61/05, NJW-RR 2008, 818.

1068 So *Beckmann* in *Staudinger,* BGB (2014) § 449 Rn 67 mwN; *Reinicke/Tiedtke,* Kaufrecht[8] (2009) 491 (Rn 1302); *Grunewald* in *Erman,* BGB I[16] § 449 Rn 14; aA *Westermann* in Münchener Kommentar BGB IV[8] (2019) § 449 Rn 35; *Kieninger,* Kreditsicherheiten im grenzüberschreitenden Verkehr, Rechtsangleichung und Harmonisierung, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg), Das Recht der Kreditsicherung[10] (2018) 968 (1117 f). – Bei *Westermann* aaO Rn 34 auch kurz zur grundsätzlich bejahten Möglichkeit, den Kaufpreis einzuklagen und die eigene Sache zu pfänden. Bringt der Verkäufer im Wege der Vollstreckung den Wert der Sache wieder an sich, wird hierin aber offenbar ein Rücktritt gesehen *(Westermann* aaO Rn 34 aE iVm Rn 30). Zur vergleichbaren Diskussion in Österreich oben III.D.2. unter 2.

1069 Zum Eigentumsvorbehalt oben III.D.3.

1070 Vgl exemplarisch *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 13 f, 16 und 44 ff mwN; *Drobnig* in Verhandlungen des 51. DJT I 39 ff, 54, 68 ff.

Im Einzelnen grundsätzlich zulässig ist es zunächst, den Eigentumsübergang von der Tilgung auch anderer Forderungen als der kongruenten Kaufpreisforderung abhängig zu machen (**erweiterter Eigentumsvorbehalt**). Solcherart gesichert werden können nach hA ohne weiteres sämtliche Ansprüche aus der Geschäftsbeziehung zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer (Geschäftsbeziehungsklausel), möglich ist in verschiedenen Spielarten auch die Sicherung des Saldos aus einem zwischen den Parteien bestehenden Kontokorrentverhältnisses (echter Kontokorrentvorbehalt).[1071] Der Eigentumsübergang an den gelieferten Sachen wird dadurch typischerweise erheblich hinausgeschoben; die Funktion der Sicherheit wandelt sich von einer Kaufpreissicherung in ein Dauersicherungsrecht und nähert sich Pfandrecht und Sicherungsübereignung an.[1072] Gesetzlich unterbunden ist mittlerweile die Vorbehaltssicherung von Forderungen Dritter (insbesondere mit dem Verkäufer konzernmäßig verbundener Unternehmen; § 449 Abs 3 BGB). Ob daraus auch auf die Unwirksamkeit der Sicherung von Forderungen des Verkäufers gegen Dritte (also quasi eine Eigentumsvorbehalts-Interzession, zB bei käuferseitigem Konzernverhältnis) geschlossen werden kann, ist strittig.[1073]

Verbreitet und natürlich zulässig ist zudem der **verlängerte Eigentumsvorbehalt** mittels **Vorausabtretung** der dem Vorbehaltskäufer gegen seine künftigen Abnehmer erwachsenden Kaufpreisforderungen aus Weiterveräußerungsgeschäften. Hier ergeben sich die wenigsten Unterschiede zum österreichischen Recht; eine praktisch bedeutsame Erleichterung besteht darin, dass diese Zession nach deutschem Recht keines Publizitätsakts bedarf.[1074]

1071 Vgl etwa *Grunewald* in *Erman,* BGB I[16] § 449 Rn 54 ff; *Beckmann* in *Staudinger,* BGB (2014) § 449 Rn 149 ff; umfassend *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung V: Verlängerungs- und Erweiterungsformen – Zweiter Teil (1982) 5 ff. Die Terminologie ist nicht ganz einheitlich; oft wird der Begriff »Kontokorrentvorbehalt« in einem weiten Sinne auch für die Geschäftsbeziehungsklausel verwendet.

1072 Dies ist Gegenstand typischerweise vorgebrachter Kritik, die jedoch idR keine einschneidenden Konsequenzen auf Rechtsfolgenseite fordert. Siehe zB *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 13 f. Der Grundgedanke einer Wesensentfremdung begegnet auch in der Rsp, auch hier allerdings ohne konkrete Konsequenz: »Die Anerkennung eines Kontokorrent-Eigentumsvorbehalts im Hinblick auf zukünftige Forderungen *findet dort ihre Grenze, wo seine Ausdehnung* auf andere Forderungen als die ursprüngliche Kaufpreisforderung *dem Sinn eines Kaufvertrags so sehr widerspricht,* daß der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit beinhalten würde.« So BGH VIII ZR 7/76, NJW 1978, 632; Hervorhebungen durch den Verfasser. – Gegen die Wirksamkeit des erweiterten Eigentumsvorbehalts wegen der Loslösung von kaufimmanenten Sicherungsbedürfnissen hingegen eine Mindermeinung, prominent repräsentiert von *Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts II/1[13] (1986) 126 f mwN.

1073 Dafür zB *Grunewald* in *Erman,* BGB I[16] § 449 Rn 61; dagegen *Beckmann* in *Staudinger,* BGB (2014) § 449 Rn 155a, beide mwN.

1074 Einzelheiten zum Ganzen bei *Reinicke/Tiedtke,* Kaufrecht[8] 511 ff (Rn 1361 ff); *Beckmann* in *Staudinger,* BGB (2014) § 449 Rn 121 ff; *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung IV: Verlängerungs- und Erweiterungsformen – Erster Teil (1976) 257 ff. Hinzuweisen ist auf § 399

Üblich sind ferner »Verlängerungen« des Eigentumsvorbehalts in Fällen der Verbindung, Vermischung und insbesondere der **Verarbeitung** des Vorbehaltsguts. Der Fall der Verarbeitung wirft konzeptionelle Probleme auf, die letztlich auch auf die Gestaltung von Verarbeitungsklauseln durchschlagen. Ausgangspunkt ist ein Streit über die zwingende (so die hA) oder dispositive Natur des § 950 BGB, der dem Verarbeiter das Alleineigentum am Verarbeitungsprodukt zuweist. Der BGH und Teile des Schrifttums halten § 950 BGB für zwingend, lassen aber eine Vereinbarung zu, vermöge derer der Vorbehaltsverkäufer »Hersteller« im Sinne dieser Bestimmung sein solle.[1075] Gegner dieser Auffassung anerkennen die Möglichkeit, dem Vorbehaltsverkäufer durch antizipiertes Besitzkonstitut mit dem Zeitpunkt der erfolgten Verarbeitung Sicherungseigentum am Produkt zu verschaffen, was allerdings einen »Durchgangserwerb« des Verarbeiters und damit uU ein Vorgehen von Rechten Dritter impliziert.[1076] In beiden Fällen erlangt der Rohstofflieferant Alleineigentum und damit eine seinen Materialbeitrag allenfalls erheblich übersteigende Sicherheit. Um Wirksamkeitsprobleme infolge Übersicherung zu vermeiden, behilft sich die Vertragspraxis häufig mit der Vereinbarung von Miteigentum; dies auch für den (für die meisten Branchen typischen) Fall, dass Rohstoffe mehrerer Lieferanten in das Produkt eingehen. Verbreitet scheint eine Verteilung der Miteigentumsquoten dergestalt vereinbart zu werden, dass jeder Lieferant im Verhältnis seines Materialwerts zum Wert des Endprodukts gesichert ist[1077] (was im Wesentlichen dem in Österreich maximal erzielbaren Sicherungsumfang entspricht).

B. Niederlande

1. Allgemeines

Das »neue« niederländische *Burgerlijk Wetboek* (BW) ist eine relativ junge Kodifikation. Sein Buch 3 (Allgemeines Vermögensrecht), das für den Bereich des Mobiliarsicherungsrechts im Zentrum des Interesses stehen wird, ist gemeinsam mit den Büchern 5 und 6 (Sachenrecht bzw Allgemeiner Teil des Schuldrechts) mit 1.1.1992 in Kraft getreten. Die Berücksichtigung des niederländischen Mobiliar-

BGB, dem zufolge einem vertraglich vereinbarten Abtretungsverbot absolute Wirkung zukommt. § 354a HGB sieht allerdings eine Ausnahme insbesondere für den praktisch wichtigen Fall vor, dass das eine Geldforderung begründende Rechtsverhältnis ein beidseitiges Handelsgeschäft ist.

1075 Vgl *Beckmann* in *Staudinger,* BGB (2014) § 449 Rn 146 mwN; idS auch *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung IV 115 ff (dort auch umfassend zu den verschiedenen Konzepten).

1076 Stellvertretend *Füller* in Münchener Kommentar BGB VIII[8] § 950 Rn 27 (mit Vorschlag der Umdeutung einer Verarbeitungsklausel in eine solche antizipierte Sicherungsübereignung).

1077 Für Konstruktionsfragen und weitere Nw *Füller* in Münchener Kommentar BGB VIII[8] § 950 Rn 28 ff; vgl auch *Beckmann* in *Staudinger,* BGB (2014) § 449 Rn 147.

sicherungsrechts im Rahmen der vorliegenden Arbeit begründet sich allerdings vornehmlich aus dem Umstand, dass es – letztlich als Reaktion auf die zwischenzeitlich aus Deutschland importierte publizitätslose Sicherungsübereignung[1078] – einige Lösungsansätze enthält, die bis in jüngste Vergangenheit gewissermaßen als Alleinstellungsmerkmal gelten durften: einen generellen **Ausschluss fiduziarischer Rechtsgeschäfte** als Rechtsgrund für die Übertragung oder Begründung dinglicher Rechte zu Sicherungszwecken und ein »**stilles**« **Pfandrecht**, das (unter anderem) durch Registereintrag begründet werden kann, ohne dass freilich diesem Register irgendeine nennenswerte Publizitätsfunktion zukäme. Diese beiden Besonderheiten, ergänzt durch einige Konsequenzen im Bereich des Eigentumsvorbehalts, bilden den Schwerpunkt der nachfolgenden Kurzdarstellung.

Nachdem Sicherungsübereignung und Sicherungszession aufgrund des erwähnten Fiduzia-Verbots ausscheiden, verbleiben nach geltendem niederländischem Recht folgende gesetzlich geregelte Mobiliarsicherungsinstrumente: das Pfandrecht,[1079] der Eigentumsvorbehalt und ein bereits kraft Gesetzes geltendes, dinglich wirkendes Rückforderungsrecht *(recht van reclame,* Art 7:39 ff BW) des Verkäufers in Bezug auf nicht bezahlte bewegliche Sachen. Letzteres wird hier, nachdem sich die Untersuchung auf vertraglich begründete Sicherungsrechte konzentriert, nicht weiter berücksichtigt.[1080]

Zum **Pfandrecht** kann einführend vorausgeschickt werden, dass auch die niederländischen Kodifikationen von 1809 bis 1991 das Faustpfandprinzip in strenger Form verwirklicht haben; insbesondere in Art 1198 Abs 2 des »alten« BW von 1838, das für das Pfandrecht bis zu seiner Ablöse durch das »neue« BW Anfang 1992 in Geltung stand.[1081] Das »neue« BW lockert dies wie angedeutet durch Eröffnung der

---

1078 Vgl allgemein *C. Jansen,* Der Einfluss des deutschen auf das niederländische bürgerliche Recht zwischen 1840 und 1940, RabelsZ 81 (2017) 400 (421).

1079 Außer Betracht bleibt im Folgenden die Hypothek an registrierten beweglichen Sachen wie zB Schiffen und Flugzeugen (Art 3:227, Art 3:260 ff BW).

1080 Dass sich das Rückforderungsrecht niederländischer Prägung als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht in besonderer Weise anbieten würde, ist nach Ansicht des Verfassers nicht anzunehmen. Kurz gefasst setzt es das Bestehen eines Rücktrittsrechts des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs voraus, muss durch schriftliche Erklärung ausgeübt werden und gilt nur, wenn (bzw soweit) sich die gelieferte Sache noch im gleichen Zustand befindet wie bei der Lieferung. Zeitlich ist es auf sechs Wochen ab Fälligkeit bzw 60 Tage ab dem Zeitpunkt befristet, in dem die Sache vom Käufer oder einem für diesen handelnden Dritten zur Aufbewahrung übernommen wurde. Bis zur wirksamen Ausübung des Reclamerechts bleibt der Käufer Eigentümer (keine Rückwirkung), sodass zB eine zwischenzeitlich durch den Käufer vorgenommene Verpfändung grundsätzlich wirksam ist, mit der Ausübung allerdings erfolgt die Rückforderung durch den Verkäufer »als Eigentümer«. Das Vorstehende nach *Hamwijk,* Publicity 77, 80 f, 89 f; vgl auch *Veder,* Netherlands, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Cross-Border Security over Tangibles (2007) 193 (213 f); ausführlich *Fikkers,* Recht van reclame (1992).

1081 Vgl die Hinweise bei *Ankum,* Das Fiducia-Verbot des Niederländischen Zivilgesetzbuches von 1992, in *Vacca* (Hrsg), La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica (2003) 345 (346): Ein-

Alternative eines »stillen« Pfandrechts. Generell bedarf es für die Begründung eines Pfandrechts an beweglichen körperlichen Sachen wie an Forderungen nach neuem niederländischem Recht dreier Voraussetzungen:[1082] der Verfügungsbefugnis des Bestellers, eines gültigen Rechtsgrunds (Kausalsystem) und schließlich der »Lieferung« *(levering),* an deren Stelle für die Forderungsverpfändung in Form der Drittschuldnerverständigung und für die »stille« Verpfändung – hierzu näher unten IV.B.3. – besonders geregelte Bestellungsvoraussetzungen treten. Nach wohl hA gehört zur »Lieferung« neben der jeweiligen faktischen Komponente auch ein »dinglicher Vertrag«.[1083]

Einige weitere Fragen allgemeiner Natur werden zur Vermeidung von Wiederholungen unten in Zusammenhang mit der »stillen« Verpfändung mitbehandelt; insbesondere solche mit Bezug auf die Verpfändung zukünftiger Sachen und Forderungen.

2. *Fiducia*-Verbot

Nach geltendem niederländischem Recht ist eine **Sicherungsabrede kein tauglicher Rechtsgrund** zum Eigentumserwerb. Gleiches gilt für rechtsgeschäftlich begründete Verwaltungstreuhandverhältnisse *(fiducia cum amico contracta),* wenn sie keinen dauerhaften und vollständigen Eigentumserwerb des Treuhänders bewirken:[1084] Art 3:84 Abs 3 BW bestimmt, dass »[e]in Rechtsgeschäft, das zum Ziel hat, ein Gut zur Sicherheit zu übertragen, oder dem der Zweck fehlt, das Gut nach der

geführt wurde das Faustpfandprinzip demnach durch Art 1811 des *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland* von 1809. Dieses wurde im Jahr 1811 durch den Code civil ersetzt, 1838 folgte dann das bereits erwähnte »alte« BW. Am Faustpfandprinzip haben alle drei Gesetzeswerke festgehalten.

1082 Dies ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art 3:98 und 3:84 Abs 1 BW: Die erstgenannte Bestimmung verweist für die Begründung beschränkter dinglicher Rechte auf die allgemeinen Voraussetzungen für die »Übertragung eines Gutes«, für welche Art 3:84 Abs 1 BW die im Text genannten drei grundlegenden Erfordernisse normiert. Zum Folgenden etwa *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (481 f); *B. Reich,* Das stille Pfandrecht der Niederlande – Ziel oder bloßer Schritt auf dem Weg zur Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung? (2006) 191 ff.

1083 Diskutiert wird dies idR zur Eigentumsübertragung, gilt dann kraft Verweises in Art 3:98 BW aber auch für die Verpfändung. Für die Übereignung wird dieser Befund neben den Gesetzesmaterialien insbesondere aus Art 3:84 Abs 2 BW abgeleitet (»In dem Rechtsgrund muss das Gut mit ausreichender Bestimmtheit beschrieben sein.«), der sich trotz des Wortlauts (»Rechtsgrund«) auf die dingliche Einigung beziehe; vgl zur Eigentumsübertragung *Salomons,* National Report on the Transfer of Ownership of Movables in The Netherlands, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), National Reports on the Transfer of Movables in Europe VI (2011) 1 (79 f); für Übereignung und Pfandrecht *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 179, 195.

1084 Einführend und mit rechtsvergleichenden Bezügen *de Groot,* Fiduciary Transfer and Ownership, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (2008) 161 (insb 171 f); *Ankum* in *Vacca,* La garanzia 345.

Übertragung in das Vermögen des Erwerbers fallen zu lassen, (…) kein gültiger Rechtsgrund für die Übertragung dieses Gutes« ist.[1085] Damit sind sowohl die Sicherungsübereignung von Fahrnis – mag sie mit oder ohne Besitzübertragung am Sicherungsgut erfolgen – als auch die Sicherungszession von Gesetzes wegen ausgeschlossen.

Mit dieser Radikallösung steht das niederländische Recht inzwischen nicht mehr allein: Das neue, mit 15.3.2014 in Kraft getretene ungarische Zivilgesetzbuch enthält in seiner Stammfassung ein generelles Verbot fiduziarischer Sicherungsgeschäfte. Im Gegensatz zum niederländischen BW wird hier nicht auf sachenrechtlicher Ebene (durch Ausschluss eines bestimmten Vertragstyps als taugliche Übereignungscausa), sondern bereits auf schuldrechtlicher Ebene eingegriffen (Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts). Damit soll verschiedenen Schwierigkeiten und Streitfragen des zuvor geltenden Rechts, etwa in Bezug auf Umgehungen des Verbots der *lex commissoria,* ein Ende gesetzt werden.[1086] Die betreffende Regelung in § 6:99 ZGB wurde mit 1.7.2016 allerdings auf Verbrauchergeschäfte beschränkt.[1087]

Die Frage liegt auf der Hand, aus welchen Gründen zu einer solchen Lösung gegriffen wird und ob sie praktisch befriedigt – oder umgekehrt neue Probleme schafft. Dem ist im Folgenden für das niederländische Recht nachzugehen.

a. *Ausgangspunkt: Anerkennung publizitätsloser Sicherungsübereignung und Sicherungszession durch die Judikatur*

Der Ausgangspunkt der Entwicklung ähnelt jenem in Deutschland des ausgehenden 19. Jahrhunderts: Der Kreditbedarf steigt, das gesetzlich verankerte Faustpfandprinzip erweist sich als den praktischen Bedürfnissen nicht gewachsen. Die Kautelarpraxis greift auf Ersatzlösungen wie den Verkauf auf Wiederkauf zurück und übernimmt schließlich die Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut

---

1085 Diese und die weiteren zitierten Übersetzungen von Bestimmungen des neuen BW folgen *Nieper/Westerdijk* (Hrsg), Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 3, 4 und 5 (1996).

1086 § 6:99 des neuen ungarischen ZGB bestimmt in seiner Stammfassung unter der Überschrift »Nichtigkeit von fiduziarischen Kreditsicherungsrechten«: »Nichtig ist die Klausel, die – mit Ausnahme der in der Richtlinie über Finanzsicherheiten festgelegten Vereinbarungen zu Finanzsicherheiten – zur Absicherung einer Geldforderung auf die Übertragung eines Eigentumsrechts, eines anderen Rechts oder einer Forderung bzw auf die Bestellung eines Kaufrechts gerichtet ist.« Einführend zur Entwicklung *Vékás,* Dingliche Kreditsicherheiten und das neue ungarische Zivilgesetzbuch, in *Welser* (Hrsg), Das Recht der Kreditsicherung in Zentral- und Osteuropa (2014) 257 (262 ff); allgemein zu Problemen des davor geltenden Rechts auch *Csizmazia,* Sicherungsrechte an Immobilien in Ungarn, in *Hinteregger/Borić* (Hrsg), Sicherungsrechte an Immobilien in Ungarn (2009) 51 (83 ff).

1087 Erwähnt bei *Szilágyi,* Die Vorausabtretung im Gefüge des deutschen und ungarischen Rechts sowie des DCFR (2017) 282 f, 331.

nach deutschem Muster.[1088] Die Beurteilung derartiger Konstruktionen ist zunächst äußerst kontrovers. Im Jahr 1929 klärt sie der Hoge Raad in zwei Entscheidungen im Sinne einer Anerkennung der – durch Besitzkonstitut vorgenommenen – Sicherungsübereignung.[1089]

Die im ersten dieser beiden Urteile gelieferte Begründung fällt äußerst formal aus: Insbesondere sei der zugrundeliegende Rechtsgrund – die Sicherungsabrede – nicht unerlaubt; verstoße die Vereinbarung doch weder gegen gesetzliche Vorschriften betreffend das Pfandrecht, weil die Abrede kein Pfandrecht betrifft, noch gegen Bestimmungen über die Gleichbehandlung der Gläubiger, weil diese Regelungen nur für Vermögenswerte des Schuldners gelten würden, im Fall der Sicherungsübereignung aber gerade keine Güter des Schuldners betroffen seien (sondern jene des Sicherungseigentümers). Auch könne keine unerlaubte Gesetzesumgehung angenommen werden, was nicht weiter begründet wird, außer vielleicht mittelbar durch den Hinweis, dass aus den Pfandrechtsvorschriften keineswegs notwendigerweise der Wille des Gesetzgebers abzuleiten sei, die Bestellung von Sicherungsrechten an beweglichen körperlichen Sachen erfordere zum Schutz der übrigen Gläubiger ganz allgemein eine Besitzaufgabe des Sicherungsgebers.[1090] Die Begründung erinnert zum Teil an jene Argumentationsformen, die aus der deutschen Diskussion um die Anerkennung der publizitätslosen Sicherungsübereignung überliefert sind:[1091] Um Pfandvorschriften braucht man sich nicht zu bekümmern, weil ein Pfandrecht eben nicht vereinbart wurde. Auch eine Gesetzesumgehung komme nicht in Betracht, weil ein gleichsam rechtsformübergreifender Regelungswille des Gesetzgebers insbesondere in Bezug auf das Faustpfandprinzip nicht nachgewiesen sei. Gemeinsam ist der Entwicklung in Deutschland und den Niederlanden aber vor allem eines: Entscheidend für die Durchsetzung der publizitätslosen Sicherungsübereignung ist nicht die Kraft juristischer Argumente; entscheidend ist die Überzeugung vom Vorliegen einer **wirtschaftlichen Notwendigkeit**.

Auch die sicherungsweise Abtretung von Forderungen setzt sich, begünstigt durch eine Entscheidung des Hoge Raad aus dem Jahr 1911, der zufolge eine Anzeige der Abtretung an den Drittschuldner für den Forderungsübergang nicht erforderlich sei, in der Praxis durch. Die Verpfändung von Forderungen wird nahezu vollständig verdrängt.[1092]

1088 Vgl etwa *Hamwijk,* Publicity 61 mwN (mit Hinweis unter anderem auf die bereits 1885 erfolgte grundsätzliche Anerkennung des Besitzkonstituts durch den Hoge Raad). Siehe ferner *Ankum* in *Vacca,* La garanzia 345 (347).

1089 Hoge Raad 25. 1. 1929, NJ 1929, 616; bestätigt durch Hoge Raad 21. 6. 1929, NJ 1929, 1096. Überblick und Hinweise zur Folgejudikatur bei *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 181 ff.

1090 Hoge Raad 25. 1. 1929, NJ 1929, 616.

1091 Vgl oben II.B.4.b.

1092 Die Sicherungszession hat in der weiteren Auseinandersetzung um die Zulässigkeit von Vollrechtsübertragungen eine viel geringere Rolle gespielt als die Sicherungsübereignung von

b. Gründe des fiducia-Verbots

In der Folge hat die Übertragung des Eigentumsrechts zu Sicherungszwecken, namentlich aber nicht ausschließlich jene mittels Besitzkonstitut, im Leidener Zivilrechtsprofessor *Eduard Meijers* einen entschiedenen und einflussreichen Gegner gefunden. Seine wesentlichen Argumente hat *Meijers* bereits 1936 in einem Gutachten für die jährliche Tagung der niederländischen Notariatsvereinigung dargelegt[1093] und hat hieran festgehalten, als er 1947 mit der Ausarbeitung eines Entwurfs für ein neues Zivilgesetzbuch betraut wurde, dessen erste vier Bücher er 1954 mit ausführlichen Begründungen vorgelegt hat. In diesem Gutachten verurteilt *Meijers* die Anerkennung der Sicherungsübereignung in der oben zitierten Rechtsprechung als unerlaubte und plumpe (sic) **Umgehung zwingender Pfandrechtsvorschriften**, unter denen er das Erfordernis der Besitzübertragung und das Verbot, sich die Pfandsache zuzueignen *(lex commissoria)* besonders hervorhebt. Er verwehrt sich gegen ein »System«, innerhalb zwingender Gesetzesbestimmungen zwischen solchen zu differenzieren, die man als nicht mehr zeitgemäß erachtet und die im Ergebnis umgangen werden dürften, und anderen, die man billigt und die demgemäß zu befolgen seien.[1094] Was hier als Kritik am damals geltenden Recht formuliert wird, ist zugleich theoretische Grundlage für sein Reformwerk: Materiell liege ein Pfandrecht vor, woran der formelle Gebrauch der Rechtsform »Eigentum« nichts ändern könne. Ein Nebeneinander von Sicherungseigentum und Pfandrecht apostrophiert *Meijers* in Anschluss an einen deutschen Autor als »eine der schlimmsten Sünden der reinen Begriffsjurisprudenz«.[1095]

Fahrnis. Sie wird daher auch hier nur gestreift. Für einen Kurzüberblick zur Entwicklung in deutscher Sprache vgl *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 459 ff mit Hinweis auf Hoge Raad 24. 2. 1911, W 9145/459; siehe auch *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (471 f); *van Hoof,* Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief (2015) 332 ff.

1093 *Meijers,* Eigendomsoverdracht tot zekerheid – preadvis Broederschap der notarissen 1936, Correspondentieblad van de Broederschap der notarissen 39 (1936) 237; Nachdruck in *Feenstra/Fischer/Blok/Wubbe* (Hrsg), Bibliographie der geschriften van *E. M. Meijers* (1957) 250. Zitiert wird aus dem Nachdruck.

1094 *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (273 f, no 37–39).

1095 Vgl *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (274 ff, no 39, 42). Das Zitat bezieht sich auf einen Beitrag des damaligen Präsidenten des OLG Düsseldorf, *Schwister,* DJZ 1934, Sp 12 (Sp 14). Derartige Zitate sind im Übrigen kennzeichnend für *Meijers'* Argumentationsstil: Auf ausländische Literatur und Rechtsprechung wird intensiv, wenngleich durchaus selektiv zurückgegriffen, um die von ihm vorgetragene Position zu stützen. Ein weiteres derartiges »rechtsvergleichendes« Argument begegnet bei *Meijers* aaO 275 f (no 41): Er nimmt in der damals rezenten deutschen Literatur eine Trendwende zur Abkehr von der Sicherungsübereignung wahr und schlägt hieraus in durchaus suggestiver Weise umgehend Kapital: »Es ist wohl merkwürdig, dass just zu der Zeit, in der *van Nierop* in seinem Gutachten für die Niederländische Juristenvereinigung eine Lanze für die Anerkennung der Sicherungsübereignung nach deutschem Modell brach und zu der der Hoge Raad diese Rechtsform auch für das niederländische Recht für zulässig erklärte, ein so maßgebender deutscher Jurist wie *Oertmann* in einer

Neben dieser konzeptionellen Kritik, der in der Sache auch ein starkes Bekenntnis zu einem strikten *numerus clausus* im Sachenrecht zugrundeliegt,[1096] stützt sich *Meijers* im Wesentlichen[1097] auf eine interessenbezogene Argumentation, die auf einer Kombination der Grundsätze der *par conditio creditorum* sowie der Publizität[1098] beruht. Es geht ihm dabei insbesondere um den Schutz ungesicherter Gläubiger vor der faktischen **Vereitelung jeglicher Zwangsvollstreckung** durch publizitätslose Sicherungsübereignungen,[1099] und zwar namentlich durch vermeintlich weit verbreiteten Missbrauch (der wiederum erst durch die fehlende Publizität des Sicherungsinstruments ermöglicht werde). Zu diesem Zweck führt *Meijers* Ergebnisse aus einer von ihm eigens unter mit Exekutionen betrauten niederländischen Gerichtsvollziehern durchgeführten empirischen Erhebung an. Nach diesen Daten verlaufen in den meisten Bezirken zwischen 50 % und 90 % aller Fahrnisexekutionen aufgrund vorgeblich (publizitätslos) erfolgter Sicherungsübereignungen erfolglos, wobei die Gerichtsvollzieher ziemlich übereinstimmend davon ausgehen, dass **mindestens 90 % der vorgelegten Verträge simuliert** seien. Der Simulationsbeweis sei allerdings äußerst schwierig zu erbringen, weshalb – nicht zuletzt angesichts drohender persönlicher Haftung – die Gerichtsvollzieher

nüchternen und objektiven Darlegung den Stab über dieser Form von Sicherungseigentum gebrochen hat und sich für ein Registerpfand erklärte.« Bezug genommen wird auf *Oertmann* in Gutachten zum 3. DJT in der Tschechoslowakei 1 aus dem Jahre 1927. In dem angesprochenen Gutachten unterzieht *Oertmann* die Sicherungsübereignung damaliger Prägung tatsächlich einer eingehenden und entschieden vorgetragenen Kritik, kommt allerdings (aaO 25) zu dem Schluss, ein großer Teil der im geltenden Recht hervorgetretenen Missstände werde sich mit Hilfe einer gesetzlichen Regelung ohne allzu große Schwierigkeit überwinden lassen. Eine ersatzlose Streichung der Sicherungsübereignung wäre – als Alternative zu einer gesetzlichen Modifikation – kaum zu rechtfertigen. Auch könne eine Sicherungsübereignung mit Besitzübergabe ohne nennenswerte Eingriffe durchaus beibehalten werden (aaO 30). Hiervon liest man bei *Meijers* nichts.

1096 Vgl in diesem Sinne etwa die Zusammenfassung von *Meijers*' Hauptargumenten bei *de Groot/Salomons,* Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR, AAe 2011, 383 (384); *Salomons,* De wetshistorische wortels van ons stille pandrecht – Waardoor verloor Meijers de slag om het registerpand? AAe 2013, 319 (321).

1097 Daneben bekennt er sich zu Kritikpunkten, die er dem erwähnten Gutachten *Oertmanns* (FN 1095) entnimmt: Neben der bereits angesprochenen Diskrepanz von materiellem Gehalt (Pfandrecht) und Form (Eigentum) und dem auch im nachfolgend besprochenen Argumentationsstrang mitschwingenden Fehlen jeglicher Publizität bei der Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstituts wird auf die unzureichende Ausprägung der Akzessorietät und die fehlende Möglichkeit einer Mehrfachbesicherung verwiesen; siehe *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (276 f, no 42).

1098 Auch zu dieser Einordnung vgl *de Groot/Salomons,* AAe 2011, 383 (384).

1099 Dabei legt *Meijers* die Annahme zugrunde, die in der Praxis vor allem in Bezug auf Geschäftsinventare und Warenvorräte vereinbarten Sicherungsübereignungen dienten »meist nicht der Krediterweiterung, sondern die Parteien nehmen Zuflucht zu dieser Sicherheit, wenn der Gläubiger von seinem Schuldner keine unmittelbare Bezahlung erhalten kann, wenn er dessen Zukunft als wenig hoffnungsvoll ansieht oder wenn er Exekution durch andere Schuldner fürchtet«. Siehe *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (276 f, no 43).

nur dann an einer Zwangsvollstreckung festhalten würden, wenn der Missbrauchsfall eindeutig sei.[1100] Das einzige Mittel, das den übrigen Gläubigern verbleibe, sei grundsätzlich ein Konkursantrag – freilich mit vergleichbar trüben Aussichten: Mache der Schuldner geltend, die bei ihm vorhandenen Güter sicherungsübereignet zu haben, werde der Konkurs »beinahe stets« wegen fehlender Aktiven aufgehoben. Ein Konkursverwalter denke noch weniger als ein Pfändungsgläubiger daran, die Wirksamkeit der Übereignung im Prozessweg zu bestreiten, wobei die Kosten der Prozessführung im Verhältnis zum erzielbaren Vorteil eine entscheidende Rolle spielen würden. Damit liefert *Meijers* für die Niederlande ein frühes Zeugnis für ein auch heute verbreitetes Phänomen: jenes der »Massearmut«, und zwar in der besonderen Spielart einer (vermeintlichen) **Massearmut aufgrund Simulation.** Zweifelhafte Sicherungsübereignungen könnten nämlich im Konkursfall »nur deshalb nicht bekämpft werden, weil in der in den Händen des Konkursverwalters befindlichen Konkursmasse nicht einmal die Mittel zur Prozessführung vorhanden sind«.[1101] Im Ergebnis wird also das Fehlen von Publizität als Ursache einer bedenklichen – weil weitgehend auf Missbrauch basierenden – Ungleichbehandlung der Gläubiger identifiziert.[1102] Hier zeigt sich recht deutlich die Wurzel eines der zentralen Regelungsanliegen in *Meijers'* späterer legistischer Tätigkeit im Mobiliarsicherungsrecht; dem wohl einzigen, das durch alle Phasen des Gesetzgebungsprozesses mehr oder minder unbestritten geblieben ist: Das Gesetz soll sicherstellen, dass der Zeitpunkt der Begründung eines Sicherungsrechts eindeutig festgestellt werden kann, und damit allfällige Rückdatierungsversuche verhindern.[1103]

Mit einem zweiten Regelungsanliegen – seinem wohl wichtigsten noch vor dem bedingungslosen Bann fiduziarischer Sicherheiten insgesamt – hat sich *Meijers* hingegen nicht durchgesetzt. Als Ersatz für die von der Judikatur gebilligte Sicherungsübereignung dringt er auf die Einführung eines **Registerpfandrechts** neben dem Faustpfand: Soll die Pfandsache beim Sicherungsgeber verbleiben, hängt die

1100 Siehe im Einzelnen *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (277 ff). Vgl auch *van Hoof,* Generale zekerheidsrechten 299 f.

1101 *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (280, no 44). Das angeführte Zitat entstammt wieder einem deutschen Beitrag, den *Meijers* als Nachweis einer parallelen Problemlage in Deutschland anführt, und zwar einer Entscheidungsbesprechung von *Hoeniger,* JW 1930, 2936.

1102 Quasi zur Untermauerung weist *Meijers* ergänzend auf die in Art 2014 des alten BW enthaltene »*possession vaut titre*«-Regel und deren französisches Vorbild hin: Dessen Grundstein bestehe gerade in dem Gedanken, dass der Umstand, dass sich jemand äußerlich als Eigentümer hervortut, für Dritte ausreichend sei, um ihn als Eigentümer anzusehen. Siehe *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (281 f, no 46).

1103 Damit konsentieren später auch *Meijers'* Gegner in der Ständigen Kommission der Zweiten Parlamentskammer, die eine gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung anstreben und zwecks Verhinderung von Rückdatierungen (lediglich) voraussetzen wollen, dass die Übereignungsurkunde ein sicheres Datum aufweist. Zu dieser parlamentarischen Auseinandersetzung zusammenfassend *Salomons,* AAe 2013, 319 (321) mwN; *Kaptein,* Pandrecht (2016) 77 ff.

Entstehung des Pfandrechts von seiner Eintragung in ein öffentliches Register ab, welches Publizität vermitteln und Rückdatierungen verhindern soll.[1104] In den 1953 abgehaltenen parlamentarischen Debatten über die von *Meijers* vorgelegte Frage, ob die Sicherungsübereignung beibehalten oder stattdessen ein Registerpfand eingeführt werden solle, stieß *Meijers* mit seiner Präferenz für die zweitgenannte Lösung allerdings auf wenig Gegenliebe: Ein Registerpfandrecht würde erheblichen administrativen Aufwand verursachen, die Publizität bestehender Pfandrechte würde sich nachteilig auf die Sicherungsgeber und damit auf den Kreditverkehr auswirken, und außerdem wären die Erfahrungen, die man im Ausland mit öffentlichen Registerpfandsystemen gemacht habe, keine guten. *Meijers* hielt dagegen; zu einer Annäherung kam es nicht. In seinem endgültigen Entwurf von 1954 nahm *Meijers* neben dem Faustpfand als Alternativen sowohl das von ihm propagierte Registerpfand als auch ein besitzloses Pfandrecht ohne öffentliche Registrierung auf. In einem späteren Entwurf von 1971 – *Meijers* war noch im Jahr 1954 verstorben – war das Registerpfandrecht dann nicht mehr enthalten. Geblieben sind das *fiducia*-Verbot und das weiter unten näher zu behandelnde »stille« Pfandrecht.[1105]

c. *Folgeprobleme*

Das *fiducia*-Verbot des Art 3:84 Abs 3 BW ist seit seinem Inkrafttreten umstritten und wurde mitunter als »legislativer Betriebsunfall« bezeichnet.[1106] Ungeachtet der Frage nach seiner grundsätzlichen Berechtigung zeigt die weitere Rechtsentwicklung in den Niederlanden vor allem, dass eine solche Radikallösung unweigerlich zu **Abgrenzungsproblemen** führt – und zwar mit wiederum radikalen Divergenzen in den möglichen Rechtsfolgen: Das fragliche Sicherungsinstrument ist entweder voll wirksam oder gänzlich wirkungslos.

Am wohl deutlichsten tritt diese Problematik in einem vom Hoge Raad bereits 1995 entschiedenen Fall betreffend die Wirksamkeit einer ***sale-and-lease-back-***

1104 Siehe *Meijers* in *Feenstra* et al, Bibliographie 250 (283 ff, no 49 ff), der hier wiederum auf Vorarbeiten *Oertmanns* (in Gutachten zum 3. DJT in der Tschechoslowakei 25 ff) zurückgreift und die von diesem aufgezeigten allfälligen Bedenken gegen eine Registerlösung zu entkräften sucht. Das Registerpfand war in *Meijers'* Entwurf auf Sachen im Eigentum von Unternehmern beschränkt; vgl *Kaptein,* Pandrecht 16.

1105 Näher zur Genese *Salomons,* AAe 2013, 319 (321 ff) mwN. Widerstand gegen ein Registerpfandsystem kam offenbar auch aus einflussreichen Bankenkreisen; Hinweis hierauf bei *Kaptein,* Pandrecht 249 f. Zur Rechtfertigung des *fiducia*-Verbots verweist der zuständige Minister 1971 vor allem auf den Aspekt der Form-Zweck-Diskrepanz, dass dem Sicherungsnehmer mehr Recht verschafft würde als sein Interesse rechtfertige. Vgl Parl Gesch Boek 3, 388, hier zitiert nach der Übersetzung bei *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (473 f).

1106 So *Heymann,* De rijkwijdte van het fiducia-verbod – In het bijzondere verband met leasing, WPNR 6119 (1994) 1 (12); vgl auch *Salomons,* AAe 2013, 319 (319).

Transaktion zutage.[1107] Konkret geht es um die Anschaffungsfinanzierung einer Druckereipresse, die ein kreditbedürftiges Unternehmen vom Lieferanten kauft, übereignet erhält und unmittelbar an den Finanzierer weiterverkauft, der den Kaufpreis an den Lieferanten ausfolgt und die Maschine dem Druckereiunternehmen sodann mietweise überlässt, welches auch die Unterhaltungskosten sowie die Gefahr trägt. Nach siebenjähriger Mietzeit soll der Druckerei das Recht zustehen, die Presse für einen geringen Nominalbetrag zurückzukaufen. Bei Zahlungsverzug soll der Leasinggeber/Finanzierer den Leasingvertrag lösen und die Sache uneingeschränkt gebrauchen und verwerten dürfen, ohne ein allfälliges *superfluum* an den Leasingnehmer/Schuldner herausgeben zu müssen. Im Konkurs des Leasingnehmers beantragt dessen Insolvenzverwalter die Feststellung, dass die Maschine infolge Unwirksamkeit der *sale-and-lease-back*-Transaktion im Eigentum des Leasingnehmers stehe und damit in die Masse falle.

Der Hoge Raad erklärt die *sale-and-lease-back*-Transaktion für wirksam; und zwar im Gegensatz zur Stellungnahme des Generalanwalts nicht nur für den – konkret vorliegenden – Fall einer Anschaffungsfinanzierung, sondern auch dann, wenn als Leasinggegenstand/Sicherungsgut eine Sache fungieren soll, die schon länger im Eigentum des Leasingnehmers/Sicherungsgebers steht. Dabei geht es dem Gericht erkennbar darum, den Anwendungsbereich des *fiducia*-Verbots möglichst eng zu halten. Die zu diesem Zweck entwickelte Abgrenzungslinie ist im Ergebnis allerdings einigermaßen paradox: Hat die Eigentumsübertragung nur Sicherungsfunktion, muss also der Leasinggeber im Sicherungsfall das Leasinggut verkaufen und einen allfälligen Überschuss herausgeben, unterfällt die Transaktion dem Verbot der Sicherungsübereignung nach dem ersten Tatbestand des Art 3:84 Abs 3 BW und die Übereignung an den Leasinggeber ist unwirksam. Liegt dagegen, wie im konkreten Fall, eine »wirkliche Übertragung« vor, sodass die Sache ohne Einschränkung auf den Erwerber (Leasinggeber) übergeht und diesem mehr Recht zukommt als die bloße Befriedigung als Gläubiger, dann stehe Art 3:84 Abs 3 BW dem nicht im Wege. Das gelte auch, wenn die Vereinbarung mit irgendeiner Form von Kreditgewährung an den Überträger (Leasingnehmer) zusammenhängt und auch trotz eines dabei etwa beabsichtigten Motivs, dem Erwerber (Leasinggeber) zugleich eine Form von Sicherheit zu bieten.[1108] Die für den Kredit- bzw Leasingnehmer nachteiligere und gefährlichere Variante, die funktional einem Sicherungsrecht mit Verfallsvereinbarung ohne Auskehrpflicht in Bezug auf ein *superfluum* entspricht, ist damit gültig. Das reine Sicherungsgeschäft, bei dem ein

1107 Hoge Raad 19.5.1995, NJ 1996, 119 *(Kleijn), Sogelease/Keereweer.* Im deutschsprachigen Schrifttum hierzu recht ausführlich *Ankum* in *Vacca,* La garanzia 345 (349 ff); vgl auch *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 186 f; *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (474 f mit passagenweiser Übersetzung).

1108 So der Duktus in Hoge Raad 19.5.1995, NJ 1996, 119.

etwaiger Mehrerlös dem Kreditnehmer zufiele, ist es nicht. Ein Kredit- bzw Leasinggeber, der sich zum Nachteil des Kredit- bzw Leasingnehmers die stärkste nur mögliche Position verschafft, wird damit begünstigt. Jener, der sich auf sein Sicherungsinteresse beschränkt, erwirbt gar keine Sicherheit. Überzeugen kann ein solches Ergebnis nicht. Dass die aufgrund der Maßgeblichkeit der Vertragsvereinbarungen im Einzelfall theoretisch wohl fortbestehenden Abgrenzungsprobleme praktisch nicht allzu sehr ins Gewicht fallen werden, liegt auf der Hand: Die Leasingindustrie wird das von der Judikatur dargereichte Geschenk einer effektiven Sicherung durch größtmögliche Eigenbegünstigung kaum ausschlagen.[1109]

3. »Stilles« Pfandrecht

a. Entstehungsvoraussetzungen im Allgemeinen

Seit 1992 kennt das niederländische Recht für die Verpfändung sowohl von beweglichen Sachen als auch von Forderungen jeweils zwei alternative Kategorien der Bestellung: Einmal den traditionellen, am Faustpfandprinzip orientierten Modus der Übergabe bei Fahrnis[1110] bzw der Anzeige der Forderungsverpfändung an den Drittschuldner;[1111] zum Zweiten die im Folgenden zu erörternden Modalitäten der besitz- bzw anzeigelosen »stillen« Verpfändung. Bei der Besicherung von Bankkrediten kommt, sofern grundsätzlich Realsicherung durch bewegliches Vermögen vereinbart wird, fast immer das »stille« Pfandrecht zum Einsatz.[1112]

1109 Ein Folgeurteil spricht aus, dass die Beweislast für die Behauptung, dass die Übereignung aufgrund eines *sale-and-lease-back*-Vertrags infolge Verletzung von Art 3:84 Abs 3 BW mangels tauglichen Titels unwirksam sei, den Leasingnehmer trifft. Aus dem *Sogelease*-Urteil könne allerdings nicht abgeleitet werden, dass immer dann schon eine – zulässige – »wirkliche Übereignung« vorliege, wenn nicht aus dem Vertragstext eindeutig das Gegenteil hervorgehe. Siehe Hoge Raad 18.11.2005, Rs Nr C04/176HR, NJ 2006/151 *(BTL Lease/Erven Van Summeren).*

1110 Art 3:236 Abs 1 BW verlangt die Übergabe des Pfandgegenstands in die Gewahrsame des Gläubigers oder eines Dritten, über dessen Person sich die Parteien geeinigt haben. Entsprechend erlischt gemäß Art 3:258 Abs 1 BW das Pfandrecht, wenn der Sicherungsgeber die Gewahrsame an der Sache zurückerlangt. Eine Urkunde *(Pandakte)* ist nicht erforderlich: *Kaptein,* Pandrecht 61.

1111 Art 3:236 Abs 2 iVm Art 3:94 Abs 1 BW. Letztere Bestimmung, die durch die erste für die Pfandbestellung sinngemäß für anwendbar erklärt wird, verlangt für die Abtretung einer Forderung deren »Lieferung« durch eine dazu bestimmte Urkunde und die Mitteilung der Abtretung an den Schuldner durch den Veräußerer oder Erwerber. Für Näheres siehe *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (482 ff); *Timmermann/Veder,* Netherlands, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Cross-Border Security over Receivables (2009) 181 (186): Die Anforderungen an die Pfandbestellungsurkunde sind grundsätzlich gering; es genügt eine vom Pfandbesteller allein unterfertigte Privaturkunde. Die verpfändete Forderung muss anhand der Angaben in der Urkunde bestimmbar sein, wofür allerdings Bestimmbarkeit zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere jenem der Geltendmachung genügt. – Diese Bestellungsform wird in der Praxis nur bezüglich bestimmter Forderungen angewendet, zB bei der Verpfändung von Guthaben auf Bankkonten oder von Versicherungsforderungen.

1112 Ausführlich zur niederländischen Praxis der Geldkreditvergabe und -besicherung *Hamwijk,* Publicity 96 ff.

1. Das »stille« Pfandrecht *(stil pandrecht)* ist für bewegliche körperliche Sachen in Art 3:237 BW und für »gegenüber einer oder mehreren bestimmten Personen auszuübende[n] Recht[e]« (insbesondere Forderungsrechte) im Wesentlichen gleichförmig in Art 3:239 BW geregelt. In Betracht kommen in allen Fällen **zwei alternative Bestellungsformen:** Neben den stets zu erfüllenden Voraussetzungen der Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers und des wirksamen Rechtsgrunds für die Bestellung ist entweder die **Registrierung einer Privaturkunde** über die Pfandbestellung in einem speziellen Register der Steuerbehörde oder die Errichtung einer **»öffentlichen« Pfandbestellungsurkunde** (»authentische« Urkunde, *authentieke akte)* erforderlich. Im ersten Fall ist die Registrierung konstitutive Voraussetzung der Entstehung des Pfandrechts. Im zweiten Fall erfolgt seit 2013 ebenfalls eine Registrierung, und zwar in einem Register des Notarverbands *(repertorium);* die Eintragung ist in diesem Fall allerdings nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für das Pfandrecht. Aus Kostengründen wird zumeist die Registrierung von Privaturkunden gewählt. Die Variante der öffentlichen Urkunde – de facto eine notarielle Urkunde[1113] – bietet allerdings den Vorteil, dass diese zugleich Vollstreckungstitel ist und den Beweis der Echtheit der Urkunde erfüllt.[1114] Im Folgenden steht angesichts ihrer klar überwiegenden praktischen Bedeutung – und auch, weil unter vergleichenden Gesichtspunkten vor allem die Funktion des Registers interessiert – die stille Pfandbestellung durch Eintragung von Privaturkunden im Register der Steuerbehörde im Vordergrund.

2. In beiden Varianten der stillen Verpfändung ist nach dem Gesagten eine **Urkunde** zu errichten. Die inhaltlichen und – bei der Verpfändung mittels Privaturkunde – auch die formalen Anforderungen an diese Urkunde sind relativ gering.

1113 Nach den einschlägigen Vorschriften kommt für die Errichtung »authentischer Urkunden« neben dem Notar als Errichter zwar grundsätzlich auch ein »gesetzlich ermächtigter Beamter« in Betracht. Da allerdings gerade für die Errichtung von Pfandrechtsurkunden keine solche gesetzliche Ermächtigung besteht, werden »authentische« Pfandbestellungsurkunden de facto tatsächlich nur von Notaren errichtet. In der Gesetzesbegründung wird als weitere Alternative noch die Prozesseinigung erwähnt. Siehe *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 196 mwN.

1114 Zum Obigen ausführlich *Hamwijk,* Publicity 65 ff; siehe ferner *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 195 f; *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (484 ff); *Veder* in *Sigman/Kieninger,* Tangibles 193 (195 f); *Heilbron,* Bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht, Vermogensrechtelijke Analyses 2011, 41 (43). Als weiterer Vorteil der öffentlichen Urkunde wird die sofortige Wirksamkeit des Pfandrechts angeführt, was zwischenzeitige nachteilige Veränderungen (etwa die Veräußerung von Sicherheitsgut) ausschließt; vgl *Kaptein,* Naar een elektronische registratie van onderhandse pandakten? MvV 2012, 139 (140); *Kaptein,* Pandrecht 61. Demgegenüber ist die Registrierung privater Urkunden im Register der Steuerbehörde seit 2008 kostenlos; für die Errichtung einer notariellen Pfandrechtsurkunde wird von Kosten zwischen € 400,– und € 1.500,– berichtet *(Hamwijk* aaO 70, 73). Sowohl das von der Steuerbehörde geführte Register als auch jenes des Notarverbands *(Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie)* sind – heute wohl selbstverständlich – elektronische Register.

Im Fall der Privaturkunde genügt eine bloß einseitige, von diesem unterzeichnete Erklärung des Sicherungsgebers, dem Gläubiger näher bezeichnete Vermögenswerte zum Pfand zu bestellen. In der Urkunde muss das **Pfandobjekt »mit ausreichender Bestimmtheit beschrieben**« sein.[1115] Die diesbezüglichen Anforderungen sind allerdings nicht besonders streng. Allgemein gehaltene Umschreibungen können ausreichen, sofern die Identifizierung des Sicherungsguts zumindest zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist.[1116] So genügt etwa für die Verpfändung beweglicher körperlicher Sachen eine Umschreibung nach dem Muster »alle beweglichen körperlichen Sachen, die im Eigentum des Schuldners stehen oder von diesem künftig erworben werden«. Einer klar definierten räumlichen Eingrenzung (wie bei den Raumsicherungsverträgen im deutschen Recht) oder sonstiger Markierung bedarf es demnach nicht; äußere Erkennbarkeit ist für Zwecke der »Bestimmtheit« nicht erforderlich.[1117] Eine Individualisierung über das bestehende bzw künftig bestehende Eigentumsrecht am Sicherungsgut genügt. Angesichts der großzügigen Handhabung der »ausreichend bestimmten Beschreibung« des Sicherungsguts durch die niederländischen Gerichte umfassen private Pfandbestellungsurkunden meist nicht mehr als ein paar Seiten.[1118] Nach dem Gesagten stößt auch die Begründung eines stillen Pfandrechts an Gegenständen, die zu einer Sachgesamtheit zusammengefasst sind, auf keine grundsätzlichen Schwierigkeiten; und zwar auch dann, wenn deren Bestand laufenden Veränderungen unterworfen ist.[1119] Bei der Verpfändung von Forderungen schadet es ferner nicht, wenn im Zeitpunkt der Urkundenerrichtung bzw Registrierung der Schuldner noch unbekannt, die Höhe des geschuldeten Betrags unsicher oder überhaupt fraglich ist, ob letztendlich eine Forderung bestehen wird. Auch der Verpfändung zugrundeliegende Rechtsgrund muss nicht vermerkt sein.[1120] Analog zum Fahrnispfand genügt es, wenn das Sicherungsgut als »alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus bestehenden Rechtsverhältnissen« umschrieben wird.[1121]

1115 Art 3:84 Abs 2 BW, der aufgrund der bereits mehrfach erwähnten Verweisungsregel in Art 3:98 BW auch für die Pfandbestellung gilt. Zu den Anforderungen an die Pfandurkunde im Allgemeinen ausführlich *Kaptein,* Pandrecht 61 ff.

1116 Siehe etwa Hoge Raad 14.10.1994, NJ 1995, 447 *(Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.).*

1117 Vgl demgegenüber die hA zum deutschen Recht oben IV.A.2.b.(i.).

1118 Siehe insbesondere *Hamwijk,* Publicity 67 f. Zur Forderungsverpfändung vgl auch *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (483, 486). Allgemein zur Entwicklung hin zu einem Erfordernis der »Bestimmbarkeit« *(bepaalbaarheid) Kaptein,* Pandrecht 110 ff mwN.

1119 Zu diesem Fragenkreis *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 197 f. Vgl auch *Hamwijk,* Publicity 67, 73.

1120 Vgl *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (483) mwN zur Forderungsverpfändung mittels Urkundenerrichtung und Anzeige an den Drittschuldner. Die diesbezüglichen Anforderungen werden allerdings bei der Verpfändung durch Registereintrag nicht anders sein.

1121 Vgl *Loof/Berlee,* Case Study: Harmonizing Security Rights, in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits* (Hrsg), Who Does What? – On the allocation of regulatory competences in European Private Law (2015) 211 (214) mit Verweis auf Hoge Raad 20.9.2002, NJ 2004/182 *(Mulder q.q./Radobank).*

Ferner muss ein Höchstbetrag der Pfandhaftung – sofern vereinbart – in der Urkunde nicht angeführt sein.[1122]

Auch die **gesicherte Forderung** muss »**hinreichend bestimmbar**« sein.[1123] Zu diesem Zweck wird in die Pfandbestellung entweder eine konkrete Beschreibung der gesicherten Forderung(en) aufgenommen (zB durch Bezugnahme auf ein konkretes Kreditverhältnis); es genügt allerdings auch eine generische Umschreibung der gesicherten Forderungen unter Anführung des Rechtsverhältnisses, aus dem diese entstehen oder entstehen werden (zB eine Geschäftsbeziehung). Die Anforderungen an die Identifizierbarkeit der gesicherten Forderung sind somit insgesamt leicht zu erfüllen.

Darüber hinaus ist der Verpfänder verpflichtet, in der Urkunde bestimmte Erklärungen abzugeben, die seine **Verfügungsbefugnis** über das Sicherungsgut betreffen. Konkret hat der Sicherungsgeber zu erklären, dass er zur Verpfändung berechtigt ist und ob bzw mit welchen beschränkten dinglichen Rechten das Pfandobjekt bereits belastet ist.[1124] Diese Angaben bzw deren Richtigkeit sind allerdings keine konstitutiven Voraussetzungen für die Pfandrechtsentstehung. Auch wird das Vertrauen des Gläubigers auf die Richtigkeit der Erklärung nicht besonders (sachenrechtlich) geschützt. Bei Falschangaben drohen aber strafrechtliche Konsequenzen.[1125] Auch an – in der Schuldnerinsolvenz freilich kaum wertvolle – Schadenersatzansprüche wird zu denken sein.

Notarielle Urkunden erfordern einige zusätzliche Inhalte. Soweit hier von Interesse, ist insbesondere das Errichtungsdatum anzugeben und hat der Notar bei seiner Unterschrift auch die Uhrzeit der Unterfertigung zu vermerken.[1126] Da mit der Unterfertigung durch den Notar die Bestellung des Pfandrechts abgeschlossen ist, lässt sich im Fall der Verpfändung durch öffentliche Urkunde der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt somit ganz genau (einschließlich Uhrzeit) ermitteln.

3. Von zentraler Bedeutung für das Verständnis der »stillen« Verpfändung durch Registrierung von Privaturkunden ist die **Funktion des Registers.** Diese weicht nämlich ganz grundsätzlich von jenen Vorstellungen ab, die man aus österreichischer Perspektive mit einem Register – man denke an das Grundbuch oder das Firmenbuch – traditionellerweise assoziiert. Das Register, seit 2013 zentral

1122 *Reehuis* aaO; *Hamwijk,* Publicity 66.
1123 Art 3:231 Abs 2 BW. Zum Folgenden *Hamwijk,* Publicity 67.
1124 Art 3:237 Abs 2 BW; für Forderungspfänder verweist Art 3:239 Abs 2 BW auf diese Regelung.
1125 Zum Vorstehenden *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (486); *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 195; *Hamwijk,* Publicity 66 f mit FN 53; *Kaptein,* Pandrecht 87 ff.
1126 Ausführlicher auch hierzu *Hamwijk,* Publicity 73 f mwN. Das Erfordernis der Beifügung der Uhrzeit ergibt sich nach dieser aus Art 40 Abs 3 *Wet op het Notarisambt* (wohingegen nach *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 196 lediglich die Angabe von Jahr und Tag gesetzlich vorgeschrieben, die Uhrzeitangabe hingegen nur häufig gepflogene faktische Übung sei).

durch die *Inspectie* der *Registratie en Successie* (einer Abteilung des Finanzamts) in Rotterdam geführt,[1127] verfolgt nämlich **keinen Publizitätszweck.** Zweck der Registrierung ist vielmehr allein, den **Zeitpunkt der Pfandrechtsentstehung** zu fixieren. Dadurch soll ein betrügerisches Rückdatieren der Pfandbestellung verhindert werden, daneben wird die Ermittlung der Prioritätsverhältnisse erleichtert.[1128]

Diese beschränkte Zwecksetzung schlägt sich zum einen in Art und Umfang der in die Registerdatenbank einzutragenden Tatsachen nieder, zum anderen auch in einer ganz engen Begrenzung des Kreises jener Personen, denen Einsicht in Registereinträge zu gewähren ist. Was zunächst den Vorgang und **Inhalt der Eintragung** betrifft, so kann die Pfandbestellungsurkunde entweder vom Sicherungsgeber oder vom gesicherten Gläubiger, und zwar persönlich oder per Post, dem Registrierungsbeamten vorgelegt werden. Die Eintragung kann in der Praxis idR nicht sofort erfolgen, sondern nimmt erfahrungsgemäß ca zwei Wochen in Anspruch. Wird die Urkunde persönlich eingereicht (was in der Praxis der Kreditinstitute die Regel zu sein scheint), wird eine Quittung ausgestellt, auf die man sich nach allgemein geübter Praxis verlässt, bis die eigentliche Eintragungsbestätigung ausgestellt ist. Der eigentliche Registrierungsvorgang besteht aus zwei Komponenten: Einerseits gibt der Steuerbeamte bestimmte Informationen in die elektronische Registerdatenbank ein. Diese sind im Wesentlichen die Art der Urkunde (gemeint: Privaturkunde), Name und Anschrift der einreichenden Partei, das Datum des Einreichens der Urkunde bei der Behörde, eine fortlaufende Registrierungsnummer, sowie die Anzahl der Seiten der vorgelegten Urkunde. Hierüber wird eine kurze schriftliche Bestätigungserklärung ausgestellt, die im Wesentlichen die genannten Daten enthält.[1129] Die zweite Komponente des Registrierungsakts besteht darin, dass der Steuerbeamte an der letzten Seite

1127 Vor 2013 war die Verpfändung bei einer beliebigen solchen *Inspectie* nach Wahl desjenigen zu registrieren, der die Urkunde zur Registrierung einreicht. Die Zentralisierung auf die Behörde in Rotterdam erfolgte schlicht aus Kostengründen. Vgl hierzu *Hamwijk,* Publicity 68 mit FN 57. Als Hintergrund der verpflichtenden Registrierung beim Finanzamt gilt im Übrigen die Annahme, in diesem Fall bestehe ein psychologisches Hindernis, Betrug zu begehen. Dementsprechend hat es der Hoge Raad abgelehnt, die mittels datierter Hinterlegungsurkunde dokumentierte Hinterlegung der Privaturkunde bei einem Notar als ausreichend anzusehen. Siehe *van Hoof,* Generale zekerheidsrechten 373 f mit Verweis auf Hoge Raad 19. 11. 2004, NJ 2006/215 *(Bannenberg/Rosenberg Polak q.q.).*

1128 *Hamwijk,* Publicity 65 f mwN; *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (484 f); vgl auch *Veder* in *Sigman/Kieninger,* Tangibles 193 (196); *Kaptein,* MvV 2012, 139 (141). Manchen im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Vorstellungen zufolge besteht ein weiterer Zweck der Registrierungspflicht darin, gefälschte Urkunden *(schijnakten)* zu verhindern. Nach verbreiteter Ansicht wurde ein solches Ziel in Wahrheit allerdings nicht verfolgt. Jedenfalls wäre das letztendlich eingeführte Modell hierfür auch ungeeignet. Siehe hierzu *Kaptein,* Pandrecht 79 ff.

1129 Zum Obigen näher *Hamwijk,* Publicity 68 ff, auch mit Musterdokumenten. Als einzutragende Tatsachen führt sie ferner an: die Anzahl der vorgelegten Abschriften und die Anzahl von in der Vertragsurkunde vorgenommenen Änderungen. Eingetragen werden *kann* ferner Name und Anschrift der zweiten am Pfandbestellungsvertrag beteiligten Partei.

der Pfandbestellungsurkunde ein Etikett anbringt, welches das Datum der Eintragung ins Register und eine einmalige Nummer (darin die Registrierungsnummer) enthält und vom Beamten unterzeichnet wird. Zusätzlich bringt der Beamte seine Unterschrift (oder Initialen) am unteren Ende jeder Seite der Urkunde an. Danach wird die Urkunde an jene Partei zurückgesandt, von der sie eingereicht wurde; meist ist dies der Pfandgläubiger.[1130]

Schon hieraus wird deutlich, dass ein solches Register – selbst wenn es für jedermann einsehbar wäre – interessierten Dritten keine verlässliche Information über die Kreditwürdigkeit des Sicherungsgebers vermitteln könnte. Insbesondere beziehen sich die eingetragenen Tatsachen in keiner Weise auf das Sicherungsgut. Welche Vermögenswerte vom Pfandrecht erfasst sind, lässt sich also dem Register selbst nicht entnehmen. Diese Informationen ließen sich allerdings auch durch weitere Einsichtnahme bei der Behörde nicht in Erfahrung bringen, da diese die Pfandurkunde nach Abschluss des Registrierungsakts zurückstellt und nicht etwa in eine Urkundensammlung oder dergleichen einstellt. Ja es ließe sich nicht einmal verlässlich ermitteln, ob eine bestimmte Person überhaupt irgendwelche stillen Pfandrechte begründet hat, weil nur eine der an der Pfandbestellung beteiligten Parteien eingetragen werden muss und dies zumeist der einreichende Pfandgläubiger allein sein wird. Das niederländische Pfandregister folgt damit weder einem Personal- noch einem Realfoliensystem. Zentraler Bezugspunkt ist der an einem bestimmten Datum vorgenommene, mittels Seriennummer identifizierte einzelne Eintragungsakt. Durch die Registrierungsnummer sind der Registereintrag und die diesem zugrundeliegende Urkunde, aus der allein sich die relevanten Informationen über die Verpfändung bestimmter Vermögenswerte gewinnen lassen, einander zuordenbar. Das Abzeichnen jeder Seite der Urkunde soll offensichtlich verhindern, dass nachträglich Seiten ausgetauscht werden und so der aus dem System generierbare Informationsgehalt verändert wird.

Dass kein Publizitätszweck verfolgt wird, zeigt sich wie angedeutet zudem am Kreis der Einsichtsberechtigten. Grundsätzlich wird die gesamte der Registerbehörde übermittelte Information von dieser als streng vertraulich behandelt. Auskunfts- bzw **einsichtsberechtigt** sind einzig: die Parteien selbst, ihre Erben und ihre Rechtsnachfolger in der jeweiligen dinglichen Rechtsposition. Unter die letztgenannte Kategorie fällt in der Praxis vor allem der Insolvenzverwalter des Sicherungsgebers.[1131] Keine Einsichtsmöglichkeit haben damit insbesondere künftige Gläubiger des Sicherungsgebers, sei es, dass sie an Vermögenswerten desselben selbst ein Pfandrecht begründen, Vermögensstücke erwerben oder sich als unge-

1130 Siehe *Hamwijk,* Publicity 70 f.

1131 Siehe wieder *Hamwijk,* Publicity 71 f. Mögliche Suchkriterien sind im Übrigen der Name der Person, die die Registrierung druchgeführt hat, das Datum der Registrierung sowie die Registrierungsnummer; siehe *Heilbron,* Vermogensrechtelijke Analyses 2011, 41 (44).

sicherte Geschäftspartner einen Überblick über die Vermögenslage des Schuldners verschaffen möchten.

Für den vom niederländischen Gesetzgeber intendierten Zweck, den Zeitpunkt der Pfandrechtsbegründung verlässlich zu dokumentieren, erweist sich das Registersystem durchaus geeignet. Die Erklärung des Inspektors und damit die Datierung gilt von Gesetzes wegen jedem gegenüber als zwingender Beweis des Entstehungszeitpunkts[1132] und damit unter der Voraussetzung, dass die besicherte Forderung wirksam und der Besteller tatsächlich verfügungsbefugt ist, praktisch auch für die Entstehung des Pfandrechts. Als maßgebliches Datum der Entstehung gilt im Übrigen der Tag des Einreichens der Pfandbestellungsurkunde bei der Behörde, nicht der idR spätere Tag, an dem die Eintragung im Register durchgeführt wird.[1133]

Das gegenwärtige System wird in den Niederlanden selbst offenbar nicht selten kritisch gesehen. Im Schrifttum scheinen sich Stimmen zu mehren, die eine Abschaffung der Registrierung als konstitutive Voraussetzung der Pfandrechtsbegründung fordern.[1134]

b. Einzelfragen

(i.) Verpfändung zukünftiger Sachen oder Forderungen

(α) Allgemeine Grundsätze

Die Verpfändung zukünftiger Vermögenswerte – dh solcher, die im Zeitpunkt der Pfandbestellung entweder überhaupt noch nicht existieren oder dem Verpfänder noch nicht gehören – wird im niederländischen Recht unter mehreren Gesichtspunkten problematisiert. Zum einen ist die bereits angesprochene ausreichend bestimmte Beschreibung des Sicherungsguts zu beachten (Art 3:84 Abs 2 BW). Hier genügt wie erwähnt eine generische Beschreibung der künftigen Vermögenswerte (zB »künftig herzustellende Produkte«). Die beiden weiteren Gesichtspunkte sind jene der Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers und die jeweils zu beachtende Bestellungshandlung als Äquivalent der »Lieferung« – beide gehören wie erinnerlich zu den drei allgemeinen Voraussetzungen für die Begründung eines Pfandrechts.[1135]

Zunächst zum Gesichtspunkt der **Verfügungsbefugnis** des Sicherungsgebers: Da diese unabdingbare Voraussetzung der Pfandrechtsentstehung ist, entsteht

1132 Vgl *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (484).

1133 Hoge Raad 14.10.1994, NJ 1995, 447 *(Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.),* zitiert nach *Hamwijk,* Publicity 77, dort auch wN. Damit hängt der Zeitpunkt der Pfandrechtsentstehung sachgerechterweise nicht von der Bearbeitungsdauer durch die Behörde ab.

1134 Siehe *Kaptein,* Pandrecht 84 ff mwN; *van Hoof,* Generale zekerheidsrechten 405.

1135 Art 3:84 Abs 1 iVm Art 3:98 BW, vgl oben IV.B.1.

das Pfandrecht nach allgemeinem Verständnis erst in dem Moment, in dem der Sicherungsgeber die Verfügungsbefugnis über das Pfandobjekt erhält; also sobald er die anzuschaffende Sache zu Eigentum erwirbt, die zu produzierende Sache herstellt, die künftige Forderung entsteht oder die fremde erworben wird.[1136] Hieraus ergeben sich umgekehrt praktisch äußerst wichtige Konsequenzen für den Fall des **Konkurseintritts:** Zwar wird alles während des Konkurses erworbene Vermögen zur Masse gezogen, der Gemeinschuldner erwirbt also grundsätzlich die Sache bzw Forderung.[1137] Jedoch verliert der Schuldner mit der Konkurseröffnung die Verfügungsbefugnis über sein konkursverfangenes Vermögen (Art 23 Fw), sodass schon nach sachenrechtlichen Grundsätzen ein zuvor bestelltes Pfandrecht an der erst nach Konkurseröffnung erworbenen (oder existent gewordenen) Sache[1138] nicht entstehen kann. Dieses Ergebnis folgt zudem aus Art 35 Abs 2 Fw, der bestimmt, dass die »Lieferung« eines zukünftigen Guts nur dann wirksam ist, wenn der Veräußerer das Gut vor Konkursbeginn erworben hat.[1139]

Im Übrigen – soweit also die Verfügungsbefugnis des Pfandbestellers im Zeitpunkt des Erwerbs bzw Entstehens der künftigen Sache oder Forderung gegeben ist – steht einer Verpfändung zukünftiger Vermögenswerte nichts Grundsätzliches im Wege. Erforderlich ist allerdings nach allgemeinen Grundsätzen eine hinreichende »Lieferung« bzw Bestellungshandlung. Hierzu bestimmt Art 3:97 Abs 1 BW, dass zukünftige Güter – jedenfalls grundsätzlich – »im Voraus geliefert werden« können. Für die »Lieferung« bzw Bestellungshandlung gelten dabei grundsätzlich die allgemeinen Regeln, wodurch sich im Ergebnis Einschränkungen ergeben können.[1140] Die für die stille Verpfändung vorgeschriebenen Bestellungshandlungen der **Urkundenerrichtung bzw Registrierung** können grundsätzlich ohne weiteres **im Voraus** vorgenommen werden.[1141]

Das **Rangverhältnis** bestimmt sich im Fall der mehrfachen Vorausverpfändung einer zukünftigen Sache oder Forderung nach dem Tag der jeweiligen Be-

1136 Vgl hierzu etwa *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 221; *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (487 f).

1137 Art 20 *Faillissementswet* (Fw, Niederländisches Konkursgesetz).

1138 Für die Vorausverpfändung von Forderungen bestehen zusätzliche Beschränkungen, siehe unten IV.B.3.b.(i.) unter 2.

1139 Zum Vorstehenden *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 221 f; *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (489).

1140 So ist zB für eine »normale« (nicht stille) Forderungsverpfändung die Verständigung des Drittschuldners erforderlich. Wird auf diese Weise eine Vorausverpfändung vorgenommen, muss also der Schuldner bereits bekannt sein; vgl *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (487).

1141 Vgl etwa *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 221 mwN. Die in Art 3:237 Abs 2 bzw Art 3:239 Abs 2 BW verankerte (freilich nicht konstitutive, vgl oben Abschnitt 2. vor FN 1125) Verpflichtung des Verpfänders, in der Urkunde zu erklären, über den Pfandgegenstand verfügungsbefugt zu sein, wird im Fall der Vorausverpfändung dahin umgedeutet, dass der Verpfänder zu erklären hat, das Pfandobjekt nicht anderweitig zu »liefern« oder zu belasten *(B. Reich* aaO mwN).

stellungshandlung.[1142] Im Ergebnis gilt diese Art von Prioritätsregel auch für die Kollision einer Voraus-Verpfändung mit einer Voraus-Pfändung ein und derselben zukünftigen Forderung.[1143]

(β) Verpfändung »zukünftiger« Forderungen im Besonderen

Zur stillen Verpfändung künftiger Forderungen ist überdies eine gesetzliche Einschränkung zu beachten: Art 3:239 Abs 1 aE BW verlangt, dass die künftige Forderung unmittelbar **aus einem im Zeitpunkt der Verpfändung bereits bestehenden Rechtsverhältnis** entsteht. Motiv des Gesetzgebers hinter dieser Einschränkung ist, dass eine unbegrenzte Möglichkeit der stillen Verpfändung künftiger Forderungen auf Kosten der gewöhnlichen Gläubiger ginge, die vor allem auf Forderungspfändungen angewiesen seien.[1144] Besteht das Ursprungs-Rechtsverhältnis im Verpfändungszeitpunkt noch nicht, scheidet eine stille Verpfändung von Forderungen somit aus. Dies ist häufig der Fall; zB wenn ein Letztverkäufer Kaufpreisforderungen gegenüber seinen verschiedenen Abnehmern begründet.

Es nimmt nicht wunder, dass die Kreditsicherungspraxis von Anfang an um die Entwicklung von Gegenstrategien bemüht gewesen ist. Zwei wesentliche Entwicklungsschritte im Zuge dieser Bemühungen seien hier kurz vorgestellt. Sie geben einerseits Zeugnis vom vehementen Streben der (Banken-)Praxis nicht nur nach größtmöglicher Vereinfachung formaler Abläufe und damit Kosteneffizienz, sondern auch nach größtmöglicher Sicherung. Im Ergebnis wird das Ziel des Gesetzgebers, künftige Forderungen zumindest großteils für ungesicherte Gläubiger zu belassen, jedenfalls weitgehend konterkariert. Zudem spiegelt sich in diesen Konstruktionen sehr anschaulich die besondere Funktion des niederländischen Registersystems, insbesondere der geringe Informationswert des Registers selbst.

1142 Dies ergibt sich aus der etwas kompliziert strukturierten Bestimmung des Art 3:97 Abs 2 Satz 1 BW. Nach dieser Bestimmung wirkt »eine im Voraus erfolgende Lieferung [bzw ein Lieferungs-Äquivalent wie der Registereintrag einer Privaturkunde, Anm] eines zukünftigen Gutes … nicht gegenüber jemandem, der das Gut infolge einer vorher erfolgten Lieferung im Voraus erhalten hat« (dh: nicht gegenüber jemandem, zugunsten dessen die künftige Sache oder Forderung vorher bereits registriert worden ist). Die Rangfolge ergibt sich somit aus der zeitlichen Abfolge von Bestellungsakten, nicht aus einer zeitlichen Abfolge von Rechtsentstehungen (denn die Entstehung erfolgt für alle konkurrierenden Rechte ja gleichzeitig mit Erlangen der Verfügungsbefugnis).

1143 Näher *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (489 f). Für bewegliche körperliche Sachen stellt sich diese Frage nicht, da in Bezug auf diese eine Voraus-Pfändung nicht möglich ist; vgl *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 222 mit Verweis auf rechtspolitische Motive des Gesetzgebers.

1144 *Kaptein,* Pandrecht 149 ff und *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (488) mit Hinweis auf Parl Gesch Boek 3 (Inv 3, 5 en 6) 1336 ff. Die Beschränkung ist identisch mit den Möglichkeiten der Voraus-Forderungs*pfändung* (Art 475 Abs 1 WvBrv) und ermöglicht die Vorausverpfändung im selben Ausmaß, wie vor 1992 eine sicherungsweise Vorausabtretung möglich war *(Reehuis* aaO 488 FN 76).

In einem historisch ersten Schritt – unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes – hat sich die Praxis mit der Erstellung von »**Pfandlisten**« und einer »**verkürzten Eintragung**« beholfen: Der Verpfänder verpflichtet sich gegenüber dem Kreditgeber zur Führung sog periodischer Pfandlisten. Sobald der Pfandbesteller Forderungen begründet, die sich zur Verpfändung eignen (dh sobald das jeweilige Ursprungs-Rechtsverhältnis begründet ist), werden diese beim Pfandbesteller EDV-mäßig erfasst. Der Bestand an neu aufgenommenen Forderungen wird periodisch in Form der genannten »Pfandlisten« ausgedruckt, die alle relevanten Einzelheiten über die erfassten Forderungen enthalten (Name des Schuldners, Rechnungsnummer, -datum und -betrag, etc). Die nun zum Zweck der Verpfändung dieser Forderungen errichtete Pfandbestellungsurkunde spezifiziert die erfassten Forderungen allerdings nur durch Verweis auf die ausgedruckte Pfandliste. Dieser Verweis erfolgt zudem insoweit stark vereinfacht, als in der Pfandurkunde lediglich die allererste und die allerletzte Forderung der gesamten Liste (mitsamt den diese individualisierten Einzelheiten) genannt und die Seitenanzahl der Liste vermerkt werden. Nur diese – kurze – Pfandbestellungsurkunde wird der Steuerbehörde zur Eintragung vorgelegt; die dazugehörige Computerliste wird nicht zur Eintragung angeboten, sondern bleibt beim Pfandgläubiger. Der Hoge Raad hat dieses – im Schrifttum zunächst offenbar stark kritisierte – Verfahren 1994 gebilligt: Die Eintragung der einzelnen Computerlisten könne ausbleiben, da die Registereintragung keinen zusätzlichen Schutz vor der Fälschung der computererstellten Pfandlisten bezwecke. Konkurrierende Gläubiger seien schon dadurch hinreichend geschützt, dass es nicht einfach sei, ohne erhebliches Entdeckungsrisiko Änderungen in diesen Listen und der Buchführung, mit der sie übereinstimmen müssen, vorzunehmen.[1145]

Die aktuelle Bankenpraxis hat das Procedere noch erheblich rationalisiert: Zunächst errichten und registrieren Kreditgeber und Kreditnehmer eine Urkunde, die neben den üblichen Formalien folgende zwei Inhalte aufweist: Zum einen wird eine **Rahmen-Sicherungsvereinbarung** getroffen, die im Wesentlichen besagt, dass alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Kreditnehmers gegenüber seinen Kunden als Sicherungsgut dienen sollen. Zum anderen erteilt der Sicherungsgeber der Bank in dieser Urkunde die unwiderrufliche **Vollmacht**, alle künftig entstehenden Forderungen durch Registrierung tatsächlich zu verpfänden. Auf dieser – mit jedem einzelnen Schuldner gesondert geschaffenen –

1145 Das Vorstehende nach *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (490 f). Das System der »verkürzten Eintragung« wurde zwecks Reduktion des Verwaltungsaufwands durch Vertrag zwischen der Niederländischen Bankenvereinigung *(Nederlandse Vereniging van Banken,* NVB) und der Registerbehörde *(Registratie en Successie)* begründet. Das erwähnte Urteil des Hoge Raad erging am 14. 10. 1994, NJ 1995, 447. Siehe hierzu auch *van Hoof,* Generale zekerheidsrechten 363 ff.

Grundlage nimmt die Bank dann als Bevollmächtigte und als Gläubigerin im eigenen Namen in regelmäßigen Abständen weitere Registrierungen vor, typischerweise wöchentlich oder sogar täglich. Charakteristisch für diese neuerlichen Registrierungen sind insbesondere zwei Merkmale: Die Bank registriert zu jedem Zeitpunkt jeweils nur eine einzige Urkunde, und zwar gemeinsam **für alle Schuldner** bzw Sicherungsgeber von Forderungen, die die Bank im Registrierungszeitpunkt hat (sog *verzamelpandakte).* Das Sicherungsgut wird darin wiederum bloß generisch umschrieben; und zwar sinngemäß dergestalt, dass »**alle Forderungen** aus gegenwärtig existierenden Rechtsverhältnissen« sämtlicher Sicherungsgeber gegenüber ihren Kunden verpfändet werden. Damit wird – im Idealfall täglich – dem erwähnten Erfordernis des Art 3:239 Abs 1 BW entsprochen, dass »nur« Forderungen aus bereits bestehenden Rechtsverhältnissen Gegenstand der Pfandbegründung sein können. Durch die generische Umschreibung des Sicherungsguts und die Zusammenfassung sämtlicher Schuldner bzw Sicherungsgeber in einer einzigen zu registrierenden Urkunde werden die Formalitäten auf ein Minimum reduziert. Der Hoge Raad hat dieses Modell im Jahr 2012 akzeptiert.[1146]

Im Ergebnis wird in Hinblick auf die eben skizzierte Konstruktion wohl mit Recht von einer *»floating charge«* an Forderungen gesprochen.[1147] Technisch bestehen Unterschiede, insbesondere wird mit einer *floating charge* ja ein gegenwärtiges Sicherungsrecht an künftig erst entstehenden Forderungen begründet.[1148] Nach dem niederländischen Modell wird das Pfandrecht hingegen ständig neu für alle gegenwärtig – zumindest im Kern – existenten Forderungen begründet. Funktional kommt das niederländische Instrument der »echten« *floating charge* jedoch so nahe, wie es angesichts der Beschränkung durch Art 3:239 Abs 1 BW irgend möglich ist. Die Bank kann sich damit bis zur Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners täglich den ersten Pfandrang an jeder neuen Forderung sichern.[1149] Ungesicherte Gläubiger haben folglich entgegen der Intention des Gesetzgebers de facto keinen Zugriff auf den Forderungsbestand.[1150] Das in den Niederlanden

1146 Hoge Raad 3.2.2012, NJ 2012/261 *(Verstijlen),* Rechtssache *ING/Dix.* Zu dieser Praxis auch *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (215 f); *van Hoof,* Generale zekerheidsrechten 371 f; *Kaptein,* Pandrecht 152 f.

1147 Diese Charakterisierung wurde im Gespräch mit niederländischen Fachkollegen mehrfach geäußert. *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (216) sprechen ähnlich von einem Generalpfand.

1148 Vgl unten IV.E.2.a.

1149 Ausgeblendet bleibt hier das – aus Bankensicht – bestehende, letztlich nicht unerhebliche Restrisiko, dass Forderungen des Kreditnehmers mit einem Abtretungsverbot belegt sind, dem nach niederländischem Recht absolute Wirkung zukommt und das auch eine Verpfändung hindert.

1150 Zum Untergraben der Absicht des Gesetzgebers vgl auch die Kritik von *Verstijlen* in seiner Anmerkung (FN 1146) no 9; ferner *Kaptein,* Pandrecht 156 f mit Hinweis auf Literaturstimmen, die infolge der Anerkennung des *verzamelpandakte*-Systems durch den Hoge Raad (FN 1146) für eine Streichung des in Art 3:239 Abs 1 aE BW aufgestellten Erfordernisses plädieren. *Kaptein*

praktizierte Modell scheint zudem, setzt man tägliche Registrierung voraus, in weiterem Umfang eine insolvenzfeste Sicherung durch Forderungsbestände zu ermöglichen, als dies nach hA im österreichischen Recht der Fall ist.[1151]

(ii.) Kaum Schutz durch Gutglaubenserwerb

Das stille Pfandrecht hat aus Sicht des Pfandgläubigers insoweit einen »strukturellen« Nachteil, als bei Verpfändung durch einen Nichtberechtigten der im niederländischen Recht an sich vorgesehene Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs bzw des gutgläubigen Erwerbs eines besseren Rangs (Art 3:238 BW) grundsätzlich nicht greift: Ist der Pfandgegenstand eine bewegliche körperliche Sache, scheitert der Gutglaubenserwerb daran, dass das Pfandobjekt bei der stillen Verpfändung nicht, wie von Art 3:238 Abs 1 BW gefordert, dem Gläubiger oder einem Dritten übergeben wird. Ein gutgläubiger Erwerb kommt allenfalls »zeitversetzt« in Betracht, wenn der Pfandgläubiger zu einem späteren Zeitpunkt die Gewahrsame erlangt – namentlich aufgrund seiner im nächsten Abschnitt anzusprechenden Sonderrechte bei Zahlungsverzug – und zu diesem Zeitpunkt in gutem Glauben ist.[1152] Entsprechendes gilt bei der Forderungsverpfändung: Zum Gutglaubenserwerb kann es nur kommen, wenn der Drittschuldner von der Verpfändung verständigt wird und der Pfandgläubiger in diesem Zeitpunkt gutgläubig ist.[1153]

In der Kreditsicherungspraxis niederländischer Banken scheint dieser »Nachteil« allerdings keine nennenswerte Rolle zu spielen. Mit unbekannt gebliebenen Vorlasten sehen sich Kreditinstitute nur sehr selten konfrontiert.[1154]

---

selbst möchte vielmehr am Ziel eines Interessenausgleichs zwischen gesicherten und ungesicherten Gläubigern festhalten und schlägt hierzu vor, einen bestimmten Prozentsatz des Vermögens des Sicherungsgebers im Konkurs für andere Gläubiger zu reservieren *(carve out)*; siehe *Kaptein,* Pandrecht 277 ff (insb 301 ff).

1151 Vgl oben III.C.2.b. zur Sicherungszession nach österreichischem Recht: Der Sicherungsnehmer erwirbt nach hA an solchen Forderungen keine gesicherte Position, die zwar vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurden, aber noch nicht »einredefrei« bestehen. Forderungen, die erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet oder erworben werden, fallen dagegen auch nach österreichischem Recht jedenfalls in die Masse (was sich nach niederländischem Recht schon aus der fehlenden Verfügungsbefugnis ergibt, vgl oben IV.B.3.b.(i.)(α)).

1152 Näher *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 192 ff; vgl auch *Hamwijk,* Publicity 85 ff.

1153 Art 3:239 Abs 4 BW und hierzu *Reehuis* in *Hadding/Schneider,* Forderungsabtretung 469 (486 f).

1154 Das zeigt die aktuelle Untersuchung von *Hamwijk* (Publicity 108 f) auf, die diesbezüglich eine Reihe von Interviews mit Praktikern geführt hat. Demnach treten Probleme solcher Art bei größeren Finanzierungen kaum, und wenn dann allenfalls aufgrund ungenügender Kommunikation auf. Am relativ größten scheint das Betrugsrisiko noch bei der Finanzierung kleiner Unternehmen zu sein, weil hier die Kreditvergabe mehr und mehr automatisiert würde. Auch hier ist die Anzahl an Problemfällen allerdings gering (»wenige Male im Jahr«) und die Problematik für die Kreditentscheidung insgesamt weniger bedeutsam, weil in diesem Segment Kredit weniger aufgrund vorhandener Sicherheiten gewährt würde als aufgrund eines günstigen Risikoprofils.

(iii.) Sonstiges

Neben der publizitätslosen Begründung eines stillen Pfandrechts an der eigenen Sache sieht das niederländische Recht ausdrücklich auch die Möglichkeit des **Vorbehalts** eines stillen Pfandrechts bei Veräußerung der Sache vor. Dabei sind hinsichtlich der Übertragung der Sache die dafür aufgestellten Vorschriften und hinsichtlich der Pfandbegründung die diesbezüglichen Voraussetzungen für die stille Verpfändung (zB Registrierung einer Privaturkunde) zu beachten.[1155]

Schließlich sind insbesondere für den Fall des Zahlungsverzugs, oder wenn dessen Eintritt aus gutem Grund zu befürchten ist, besondere Gläubigerrechte vorgesehen: Der bislang nicht besitzende Pfandgläubiger kann verlangen, dass die Gewahrsame am Fahrnispfand ihm oder einem Dritten übergeben wird. Beim bis dahin »stillen« Forderungspfand ist der Gläubiger entsprechend berechtigt, die Verpfändung dem Drittschuldner anzuzeigen, um eine schuldbefreiende Leistung an den Pfandbesteller auszuschließen.[1156]

4. Eigentumsvorbehalt

Abschließend seien einige Besonderheiten des niederländischen Rechts im Bereich des Eigentumsvorbehalts (Art 3:92 BW) kurz angeschnitten. Zum unter 1. angesprochenen »erweiterten« Eigentumsvorbehalt ist eine – gemessen an den Extrempositionen des österreichischen und deutschen Rechts – vermittelnde Lösung zu berichten. In den Abschnitten 2. und 3. geht es um Bereiche, in denen das niederländische Recht den praktischen Bedürfnissen der Wirtschaft aus verschiedenen dogmatisch-konstruktiven Gründen keine tauglichen Sicherungsmittel anzubieten vermag.

1. Der »**erweiterte**« **Eigentumsvorbehalt** zur Sicherung sonstiger, über den eigentlichen Kaufpreis hinausgehender Forderungen des Verkäufers hat in Art 3:92 Abs 2 BW eine ausdrückliche Regelung erfahren. Die Forderungen müssen danach aus einem Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer über die Lieferung von Waren (oder einer Verletzung dieses Vertrags) erwachsen, es kann sich allerdings um bereits erbrachte wie auch um künftig erst zu erbringende Lieferungen handeln. Ob diese Lieferungen aufgrund desselben oder eines anderen, zwischen diesen Parteien bestehenden oder abzuschließenden Vertrags erfolgen, macht keinen Unterschied. Erfasst sind ferner Forderungen für aufgrund eines Liefervertrags »für den Erwerber verrichtete oder zu verrichtende Tätigkeiten« (wohl Montage-

1155 Art 3:81 Abs 1 Satz 2 BW. Hierzu *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 223 f.

1156 Art 3:237 Abs 3 bzw Art 3:239 Abs 3 BW. Der Tatbestand ist weiter formuliert als der im Text hervorgehobene Hauptfall des Zahlungsverzugs: Erfasst ist grundsätzlich allgemein die Verletzung von Pflichten des Verpfänders oder des Schuldners gegenüber dem Pfandgläubiger.

oder Wartungstätigkeiten und dergleichen). Insoweit die Parteien die Sicherung darüber hinausgehender Forderungen verabreden, ist die Vereinbarung nichtig.[1157] Soweit Sicherung durch Eigentumsvorbehalt nach diesen Bestimmungen nicht möglich ist, können Forderungen allerdings durch **Vorbehalt eines stillen Pfandrechts** am Kaufgegenstand gesichert werden (Art 3:81 Abs 1 BW). Dies kann in derselben Vertragsurkunde vereinbart werden. Der Käufer erwirbt dann, rechtzeitige Registrierung vorausgesetzt, bei Abtragung der durch den erweiterten Eigentumsvorbehalt abgedeckten Forderungen nur belastetes Eigentum. Aus diesem Grund – der Käufer kann bei Erlangen der Verfügungsbefugnis nur über belastetes Eigentum verfügen – geht ein solches Pfandrecht anderen Sicherungsrechten vor, die der Käufer an seinen künftigen Sachen zB seiner Hausbank eingeräumt hat, auch wenn diese Pfandbestellung zeitlich früher erfolgt ist.[1158]

Hinsichtlich der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen selbst kann sich der Warenkreditgeber somit im Ergebnis gegenüber einem konkurrierenden Geldkreditgeber für alle Forderungen eine bevorzugte Position verschaffen. Die günstige Position des Vorbehaltsverkäufers ändert sich allerdings erheblich, sobald das Vorbehaltsgut weiterverkauft oder verarbeitet wird.

2. Ein für den Fall der **Weiterveräußerung** von Vorbehaltsgut vereinbarter »**verlängerter**« **Eigentumsvorbehalt** mittels Vorausabtretung der vom Vorbehaltskäufer begründeten Kaufpreisforderungen scheitert im niederländischen Recht am wiederholt angesprochenen *fiducia*-Verbot des Art 3:84 Abs 3 BW: Die Sicherungsabrede bildet keinen tauglichen Titel für die Zession. Vor 1992 waren derartige Konstruktionen hingegen wirksam und offenbar fester Bestandteil der Wirtschaftspraxis.[1159] Eine stille Vorab-Verpfändung der Kaufpreisforderungen an den Vorbehaltsverkäufer scheitert idR am Erfordernis des Art 3:239 Abs 1 BW, dass die verpfändete Forderung unmittelbar aus einem bei Pfandbestellung bereits bestehenden Rechtsverhältnis entstehen müsste.[1160] Wird – was den Regelfall darstellt – der Vertrag über den Weiterverkauf durch den Vorbehaltskäufer erst später abgeschlossen, kann eine wirksame Verpfändung im Voraus nicht erfolgen. Theoretisch denkbar wäre zwar, dass sich auch Vorbehaltsverkäufer des nun von den Banken gebrauchten Modells bedienen und sich mittels Rahmenvollmacht und

1157 Vgl *Veder* in *Sigman/Kieninger,* Tangibles 193 (199 f); *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 425 zu Case 9, wo die Vereinbarung eines erweiterten Eigentumsvorbehalts als praktisch häufig geschildert wird. Nach einer Auswertung zufällig ausgewählter Vertragsbedingungen bei *Hamwijk,* Publicity 112 sehen ca 20 % jener Lieferanten, die grundsätzlich unter Eigentumsvorbehalt verkaufen, eine Erweiterungsklausel vor (einbezogen waren allerdings nur 25 Vertragswerke).

1158 *Veder* in *Sigman/Kieninger,* Tangibles 193 (200).

1159 Vgl etwa *B. Reich,* Stilles Pfandrecht 184 mwN.

1160 Vgl oben IV.B.3.b.(i.)(β).

Sammelpfandregistrierung täglich alle aktuell entstandenen Kaufpreisforderungen ihres Abnehmers verpfänden lassen.[1161] Wird am selben Tag jeweils auch eine ebensolche Verpfändung an eine Bank vorgenommen, erhalten beide Sicherungen denselben Rang. Diese Alternative wird in den Niederlanden in der Tat diskutiert.[1162] Durchgesetzt scheint sie sich in der Praxis bislang nicht zu haben.

3. Ähnlich ungünstig ist die Position des Vorbehaltsverkäufers im Fall der **Verarbeitung des Vorbehaltsguts:** Nach Art 5:16 Abs 2 BW erwirbt bei Verarbeitung von unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen durch den Käufer dieser, wenn er die neue Sache »für sich selbst« herstellt, als Verarbeiter Alleineigentum am Produkt. Daher gilt, wenn mit Verarbeitung in den Niederlanden zu rechnen ist, der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf von Rohstoffen und Halbfertigteilen generell als ungeeignetes Sicherungsinstrument.[1163] Eine Vereinbarung, vermöge derer die Erzeugnisse ins Eigentum des Materiallieferanten fallen, wäre unwirksam.[1164] Möglich wäre zwar ein im Voraus bestelltes stilles Pfandrecht am Produkt, allerdings würden dem zeitlich frühere (stille) Globalverpfändungen des Mobiliarbestands vorgehen:[1165] Das Pfandrecht des Lieferanten entstünde erst im Verarbeitungszeitpunkt, da der Käufer-Verarbeiter erst hierdurch Eigentum und damit die erforderliche Verfügungsbefugnis erwirbt.[1166] Dies gilt zwar auch für die konkurrierende Globalverpfändung, doch entscheidet das frühere Registrierungsdatum[1167] (idR) für den Globalpfandgläubiger. Die angesprochenen Regeln sind zwingend.[1168]

Theoretisch möglich wäre ferner die Vereinbarung, dass die Verarbeitung überhaupt für den Vorbehaltsverkäufer erfolgt: Dieser wäre dann bis zur Verarbeitung Eigentümer am Material kraft Vorbehalts, ab der Verarbeitung (neuer) Eigentümer am Produkt kraft Verarbeitung. Dann müsste aber die Verarbeitung auch auf sein ökonomisches Risiko erfolgen, was praktisch kaum sinnvoll erscheint.[1169]

1161 Auch hierzu oben IV.B.3.b.(i.)(β).

1162 Vgl *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (219) mwN.

1163 *Salomons* in *W. Faber/Lurger,* National Reports VI 1 (103). Illustrativ Case 7(a) in *Kieninger,* Security Rights 379 ff. Dieselbe Regel gilt bei der Transformation von Material in neues Material (Art 5:16 Abs 3 BW), siehe *Salomons* aaO 104.

1164 *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (217); *Kieninger,* Security Rights 381 zu Case 7(c) *(products clause).*

1165 *Salomons* in *W. Faber/Lurger,* National Reports VI 1 (132). Vgl auch *Hamwijk,* Publicity 89, die festhält, es sei kaum realistisch, dass der Verkäufer auf diese Weise eine erstrangige Sicherheit erhielte; ferner *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (218).

1166 Vgl Case 7(c) in *Kieninger,* Security Rights 381 f.

1167 Vgl oben IV.B.3.b.(i.)(α) bei und mit FN 1142.

1168 *Salomons* in *W. Faber/Lurger,* National Reports VI 1 (132).

1169 Diskutiert zu Case 7(c) in *Kieninger,* Security Rights 382. Skeptisch zu solchen Konstruktionen auch *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (218).

C. Frankreich

1. Einführung

Die im Code civil von 1804 festgelegten Regeln zum Mobiliarsicherungsrecht wurden wie jene des nur knapp jüngeren ABGB in einer Zeit erlassen, in der die massiven wirtschaftlichen Veränderungen der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts noch nicht vorhersehbar waren. Die Reaktionen der beiden Rechtsordnungen auf die sich ändernden Verhältnisse sind allerdings recht unterschiedlich ausgefallen. Insbesondere ist in Frankreich eine Vielzahl an Eingriffen des Gesetzgebers zu verzeichnen, während der Rechtsbestand im österreichischen Mobiliarsicherungsrecht seit 1811 weitgehend unverändert geblieben ist. Vor allem aber sind **drei große** französische **Reformen** aus jüngster Zeit von Interesse: zunächst die Neuordnung des gesamten Kreditsicherungsrechts in einem neu eingeführten Buch IV des Code civil (Art 2284–2488 Cc, übertitelt *»Des sûretés«)* aus dem Jahre 2006[1170] und die erstmalige Einführung eines allgemeinen Instituts der Treuhand *(fiducie),* das auch zu Sicherungszwecken genutzt werden kann, im Jahr 2007[1171] (nun geregelt in Art 2011–2030 Cc mit später hinzugefügten Ergänzungen zur Sicherungsübereignung in Art 2372-1 bis 2372-5 Cc[1172]). Eine weitere große Reform des Kreditsicherungsrechts im Allgemeinen erfolgte schließlich mit Verordnung vom 15. 9. 2021,[1173] wobei der Fokus allerdings stärker auf den 2006 weniger im Vordergrund stehenden Bereichen des Bürgschafts- und Immobiliarsicherungsrechts liegt. Im Recht der Mobiliarsicherheiten hat diese letzte Novelle einige Nachschärfungen und Ergänzungen, vor allem aber eine Welle an Vereinfachungen durch Streichung etlicher Sonderregeln und insbesondere die Aufgabe zahlreicher spezieller Pfandregister bzw deren Zusammenführung in ein allgemeines Pfandregister für bewegliche körperliche Sachen gebracht.[1174] Diese letztgenannte Reform tritt weitestgehend mit 1. 1. 2022 in Kraft, eine Durchführungsverordnung zu Einzelheiten des genannten Registers soll bis spätestens 1. 1. 2023 folgen.[1175]

Eine Annäherung an das französische Mobiliarsicherungsrecht und seine Konzepte stößt von vornherein auf zwei wesentliche Schwierigkeiten: **extreme Zersplitterung** aufgrund zahlreicher sondergesetzlicher Regelungen und **beschränkte Kohärenz** der einzelnen Lösungsansätze. Dieser Befund ist nach der jüngsten

---

1170 Eingeführt durch Verordnung *(Ordonnance)* n° 2006-346 vom 23. 3. 2006.

1171 Eingeführt mit Gesetz *(Loi)* n° 2007-211 vom 19. 2. 2007.

1172 Eingeführt mit *Ordonnance* n° 2009-112 vom 30. 1. 2009.

1173 *Ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 *portant réforme du droit des sûretés.*

1174 Vgl allgemein die erläuternden Bemerkungen im Bericht des *Ministère de la justice,* Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, JUSC2113814P, JORF n°0216 vom 16. 9. 2021 (Text n° 18). Die Darstellung dieser jüngsten, während des Manuskriptabschlusses kundgemachten Reform erfolgt im Wesentlichen anhand des Gesetzestexts und der hier zitierten Gesetzesmaterialien.

1175 Siehe die Übergangsbestimmungen in Art 27 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021.

Reform von 2021 zwar abzuschwächen, gilt aber im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen im Grunde nach wie vor. Das Verständnis dieses vorläufig letzten Schritts der Rechtsentwicklung setzt überdies eine zumindest näherungsweise Darstellung der vorangegangenen Entwicklungsschritte voraus. Hierbei würde allerdings eine auch nur überblicksmäßige Berücksichtigung zumindest der wichtigsten Spezialpfandrechte mit ihren streng begrenzten Anwendungsbereichen erheblichen Raum einnehmen – dabei aber für die Zwecke dieser Arbeit letztlich wohl nur bescheidenen Mehrwert generieren.[1176] Die Erörterung beschränkt sich daher auch innerhalb der gewählten Themenschwerpunkte ausdrücklich auf Ausschnitte. Diese sind so gewählt, dass einerseits einige im gesamteuropäischen Kontext wesentlich erscheinende Entwicklungen in den Blick rücken und andererseits in manchen Einzelaspekten so viel an Grundlageninformation bereitgestellt wird, dass in nachfolgenden Kapiteln bei der Diskussion möglicher Regelungsoptionen für die zukünftige Rechtsentwicklung darauf zurückgegriffen werden kann. Letzteres gilt insbesondere für die neueren Registersysteme des französischen Sicherungsrechts.

2. Vom Faustpfand zur besitzlosen Mobiliarsicherheit und vergleichbare Entwicklungen beim Forderungspfand

a. Das Faustpfand als Ausgangspunkt bei der Verpfändung von Fahrnis

In einem wesentlichen Punkt entspricht der Code civil von 1804 dem legislativen Trend[1177] der damaligen Zeit: Das Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen *(gage)*[1178] wird, insbesondere was seine Wirksamkeit Dritten gegenüber

---

1176 Für einführende Darstellungen in deutscher Sprache darf auf andere Werke verwiesen werden; so für die Rechtslage vor den genannten jüngeren Reformen namentlich auf *Ferid/Sonnenberger,* Das Französische Zivilrecht II² (1986) 678 ff (3 D 1 ff) zum Pfandrecht und 152 ff (2 G 755 ff) zum Eigentumsvorbehalt. Ausführliche Einführung zur Rechtslage vor der jüngsten Reform 2021 bei *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten in Europa (2012) 81 ff; zur *fiducie* und besitzlosen Mobiliarpfandrechten *Biller,* Die neuen besitzlosen Mobiliarsicherheiten des französischen Rechts im Vergleich zum deutschen Mobiliarsicherungsrecht (2012); siehe ferner *Ch. Wilhelm,* Das neue französische Mobiliarkreditsicherungsrecht, ZEuP 2009, 152; *Szemjonneck,* Die *fiducie* im französischen Code civil, ZEuP 2010, 563; sowie *Fix,* Die fiducie-sûreté – Eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht (2014).

1177 Vgl oben II.B.1.

1178 Nach der bis 2006 maßgebenden Terminologie des Code civil fungiert die Bezeichnung *nantissement* als Oberbegriff für Pfandrechte, deren vollwirksame Begründung die Besitzaufgabe des Sicherungsgebers an der Pfandsache *(dépossession)* voraussetzt. Entsprechend definiert Art 2071 aF Cc den *nantissement* als einen »Vertrag, mit dem ein Schuldner eine Sache seinem Gläubiger zur Sicherung einer Schuld überlässt«. Art 2072 aF Cc differenziert sodann: Ein *nantissement* an einer beweglichen Sache wird *gage* genannt (näher geregelt in Art 2073–2084 aF Cc); an einer unbeweglichen *antichrèse* (näher geregelt in Art 2085–2091 aF Cc). Vgl hierzu *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés¹⁰ (2015) 434 ff (n° 588 f); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés⁵ (2016) 457 f (n° 808).

betrifft, streng als **Faustpfand** ausgestaltet (Art 2076 aF Cc). Konkrete Gründe für diese Entscheidung werden im Rechtssetzungsprozess zur französischen Kodifikation offenbar kaum vorgebracht. Dokumentiert sind schlagwortartige Bekenntnisse zur größtmöglichen Hebung des Kredits bei gleichzeitig größtmöglicher Sicherung des Gläubigers. Nach *Hromadkas* Analyse kommt es dem Gesetzgeber in der Hauptsache letztlich auf den zweitgenannten Aspekt an, also auf den Schutz des Pfandgläubigers, der sich durch ein Faustpfand eben bestmöglich realisieren lasse.[1179] Die Entwicklung hin zum Faustpfand ist für das französische Recht im Kodifikationszeitpunkt jedenfalls keineswegs neu. Dieses entspricht *cum grano salis* der Rechtstradition in den *pays de droit coutumier,* also jenen Gebieten des älteren französischen Rechts, die eine Rezeption des römischen Rechts nicht vollzogen haben. Auch soweit die römische Mobiliarhypothek grundsätzlich Fuß fassen konnte, war ihre Wirkung oft eine beschränkte; insbesondere aufgrund des verbreiteten Rechtssatzes, dass bei der Mobiliarhypothek kein Sachverfolgungsrecht zustehe, wenn sich die Sache nicht im Besitz des Schuldners befindet.[1180] In einem weiteren Punkt, der in der Folge allerdings wegen der Ausrichtung dieser Arbeit auf vertraglich begründete Mobiliarsicherungsrechte in den Hintergrund treten wird, weicht der Code civil vom legislativen Trend des 19. Jahrhunderts im Übrigen ab: Er anerkennt weiterhin eine Reihe von Legalhypotheken (freilich nur an Liegenschaften)[1181] und übernimmt daneben ohne wesentliche Änderungen oder tiefere systematische Durchdringung die zahlreichen »gesetzlichen« Rangprivilegien *(privilèges),* die sich im *ancien droit* zu echten dinglichen Rechten entwickelt haben.[1182] Letztere bestehen zum Teil auch an Mobilien. Daran hat sich bis

1179 Siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip 70 f mwN. Er bezieht sich neben Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren auch auf Literatur aus dem frühen 19. Jahrhundert.

1180 *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (kodifiziert in Art 2119 aF Cc). Vgl zum Vorstehenden einführend *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 432 ff; siehe auch *Hromadka,* Faustpfandprinzip 70 ff.

1181 Siehe Art 2121 f aF Cc (nach der Reform 2021 nunmehr: Art 2392 ff Cc). Die Wirkungen dieser Legalhypotheken wurden allerdings bereits durch eine Liegenschaftsreform aus 1955 erheblich entschärft, insbesondere indem für Drittwirksamkeit und Rangbegründung nun die Verbücherung der Hypothek nach dem Grundsatz der Spezialität erforderlich wurde. Auch Legalhypotheken über alles gegenwärtige und zukünftige (Liegenschafts-)Vermögen des Schuldners bedeuten demnach – obwohl im Innenverhältnis vollumfänglich wirksam – »im Verhältnis zu Dritten praktisch nur einen Titel, der zur Inskription auf den gegenwärtigen und künftigen Grundstücken des Schuldners berechtigt«; siehe *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 749 (3 D 397). Damit wurde die in anderen Ländern bereits früher eingeleitete Entwicklung im praktischen Ergebnis ebenfalls nachvollzogen. Mit der jüngsten Reform von 2021 wurde der Rechtsbestand in Bezug auf Legalhypotheken nochmals entschlackt und modernisiert; vgl Art 17 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 samt Erläuterungen im *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 11 f.

1182 Nach der Legaldefinition in Art 2095 aF Cc handelt es sich beim Privileg um das gesetzlich zugebilligte, aus der Eigenart einer Forderung abgeleitete Recht, vor anderen, sogar hypothekarisch gesicherten Gläubigern aus einzelnen oder allen Vermögenswerten des Schuldners befriedigt zu werden. Neben allgemeinen Bestimmungen in Art 2095 ff aF Cc fanden sich Regelungen über

einschließlich der Reform von 2006 nichts Grundsätzliches geändert.[1183] Erst mit der allerjüngsten Reform von 2021 wurde eine Bereinigung und Modernisierung dieser *privilèges mobiliers* angegangen.[1184]

Ähnlich wie bei der Eigentumsübertragung beim Kauf[1185] unterscheidet das französische Recht auch bei der Begründung dinglicher Sicherungsrechte deren Wirksamkeit *inter partes* von jener gegenüber Dritten *(opposabilité).* ***Inter partes*** entsteht das Pfandrecht durch **Vertrag** zwischen Pfandbesteller und Gläubiger. Der Verpfändungsvertrag ist nach der ursprünglichen Regelung des Code civil als Realvertrag konzipiert, setzt also zu seiner Wirksamkeit die Übergabe der Pfandsache an den Gläubiger oder einen von den Parteien bestimmten Dritten voraus.[1186] Die Entstehung des Pfandrechts zwischen den Parteien setzt ferner voraus, dass der Verpfänder Eigentümer der Sache ist und eine zu sichernde Forderung besteht (Akzessorietätsprinzip); Letzere kann auch bedingt oder betagt sein oder erst zukünftig entstehen.[1187] **Drittwirksamkeit** erlangt das Fahrnispfand nach dem Modell des Code civil von 1804 unter zwei kumulativen Voraussetzungen: Zum einen verlangt das Gesetz in Art 2076 aF Cc – wie schon zur Wirksamkeit des Pfandvertrags – die *dépossession,* also die **Besitzübertragung** an den Gläubiger oder an einen von den Parteien bestimmten Dritten (sog *entiercement).* Zum anderen fordert Art 2074 aF Cc die **Beurkundung** des Verpfändungsvertrags. Als Zweck dieser Regelung gilt das Hintanhalten fingierter, vordatierter Verpfändungen durch einen in Bedrängnis geratenen Schuldner.[1188] Hinsichtlich dieses Schriftformgebots sind zwei – letztlich miteinander verwobene – Aspekte zu beachten, die im französischen Mobiliarsicherungsrecht in der Folge immer wieder eine Rolle spielen: Der Verpfändungs-

---

Vorzugsrechte an Mobilien in Art 2100 ff aF Cc. Überblick zum Ganzen bei *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 703 ff.

1183 Zu den *privilèges* siehe Art 2330 bis Art 2332-3 Cc idF von 2006 und hierzu etwa *Simler/Delebecque,* Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière⁷ (2016) 707 ff (n° 756 ff). Ausführlicher Überblick in deutscher Sprache bei *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 154 ff; kurz auch *Ch. Wilhelm,* ZEuP 2009, 152 (170): Zu einem großen Teil wurde der bisherige Rechtsbestand einfach übernommen. Legalhypotheken finden sich in Art 2400–2411 Cc idF von 2006; dazu etwa *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés¹⁰ 523 ff (n° 701 ff).

1184 Siehe Art 2330 bis Art 2332-3 Cc idF der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021. Zur Zielsetzung siehe den *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 1 f; im Einzelnen aaO 7 f.

1185 Vgl heute insbesondere Art 1196 Abs 1, 1198 Abs 1 und 1583 Cc, wobei die beiden erstgenannten Bestimmungen im Zuge der Vertragsrechtsreform 2016 (durch *ordonnance* n° 2016-131 vom 10. 2. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations)* an die Stelle der klassischen Bestimmungen der Art 1138, 1141 aF Cc getreten sind.

1186 Die Besitzübertragung muss dabei »wirklich und offenkundig« *(rèelle et apparente)* sein, worin man einen »Einbruch in das Konsensprinzip« des französischen Sachenrechts sehen mag; vgl hierzu *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 683 f (3 D 108 ff) mit Verweis auf Art 2076 aF Cc.

1187 *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 684 (3 D 112 f), 681 (3 D 103).

1188 *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 685 (3 D 116); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés⁵ 464 f (n° 819).

vertrag kann nach Art 2074 aF Cc entweder in öffentlicher (insbesondere notarieller) Urkunde *(acte authentique)* errichtet werden; alternativ dazu genügt eine unterfertigte Privaturkunde *(sous seing privé),* in welchem Fall allerdings zusätzlich die ordnungsgemäße **Registrierung** dieser Urkunde gefordert wird. Dahinter steht folgender Gedanke: Im Fall einer notariellen Beurkundung wird stets auch das **Datum** der Verpfändung in der Vertragsurkunde festgehalten und kann dieses somit zwecks Lösung allfälliger Prioritätskonflikte eindeutig ermittelt werden. Da eine Verzeichnung des Datums in Privaturkunden nicht notwendigerweise erfolgt bzw Manipulationen nicht ausgeschlossen werden können, wurde hierfür die erwähnte Registrierung vorgeschrieben.[1189]

Diese Anforderungen sind in der Folge in zwei wesentlichen Schritten gelockert worden: In den – an sich bereits 1807 eingeführten[1190] – Code de commerce wurde 1863 eine Regelung aufgenommen, die bei der Verpfändung **einer Forderung aus einem Handelsgeschäft** *(gage commercial)* von (jeglicher) Beurkundung und Registrierung absieht.[1191] Seit der Neufassung der Bestimmungen über das »normale« Pfandrecht nach dem Code civil im Jahre **2006** genügt nun nach Art 2336 Cc die **einfache Schriftform** (unterschriebene Privaturkunde) für die Wirksamkeit der Verpfändung zwischen den Parteien. Damit wird einerseits das ursprüngliche Realvertragskonzept aufgegeben. Zum anderen ergibt sich aus Art 2336 f Cc, dass auch das vormalige Registrierungserfordernis entfällt, wenn das Pfandrecht durch *dépossession* (Besitzübertragung an den Gläubiger oder einen Dritten) dritt-

1189 Siehe abermals *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 685 (3 D 116). Danach hat die hA freilich auch andere Methoden der Datumsfeststellung zugelassen, sodass die Registrierung nicht als unabdingbare Voraussetzung anzusehen war. Eine ursprünglich vorgesehene Bagatellgrenze (von 50 Francs) für schriftliche Beurkundung und Registrierung in Art 2074 Abs 2 aF Cc ist 1980 aufgegeben worden. – Als notwendigen Inhalt verlangte Art 2074 aF Cc, dass die Urkunde den Betrag der Schuld sowie die Gattung und die Natur der als Pfand ausgelieferten Sache nennt, oder ihr ein Verzeichnis bezüglich ihrer Beschaffenheit, ihres Gewichts und ihrer Maße beigefügt ist. Vgl auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pételo,* Droit des sûretés¹⁰ 569 f (n° 764).

1190 Und zwar zwecks Anpassung eines noch älteren Handelsrechtsgesetzes, der *Ordonnance sur le commerce* (oder *Code Savary* nach seinem wesentlichen Proponenten) von 1673, an den Code civil. Auf besagten *Code Savary* geht übrigens das Erfordernis der notariellen Beurkundung von Verpfändungsverträgen zurück, mit dem Manipulationen durch die Parteien vorgebeugt werden sollte. Vgl hierzu *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 437 f.

1191 Der mit Gesetz 1863-05-25 vom 29. 5. 1863 eingeführte Art 91 aF (zuletzt – bis zum 31. 12. 2021 – Art L521-1) Ccom verweist für das Entstehen eines solchen Pfandrechts zwischen den Parteien wie auch mit Wirkung gegenüber Dritten auf Art 109 aF (nun Art L110-3) Ccom, der gegenüber Kaufleuten für den Beweis von Handelsgeschäften grundsätzlich jegliches Beweismittel zulässt. Vgl etwa *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 693 (3 D 153 F); *Simler/Delebecque,* Les sûretés⁷ 601 ff (n° 647 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pételo,* Droit des sûretés¹⁰ 570 f (n° 765). Die zuletzt verbliebenen allgemein-handelsrechtlichen Pfandrechtsregeln in Art L521-1 und L521-3 Ccom sind durch die jüngste Reform *(ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021) aufgehoben worden, da das allgemeine Pfandrecht des Cc den Bedürfnissen der Praxis »perfekt entspricht«; siehe *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 14.

wirksam wird.[1192] Im Übrigen kann die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Verpfändungsvertrag bereits an dieser Stelle als allgemeines Charakteristikum des französischen Mobiliarsicherungsrechts festgehalten werden.

b. *Die Entwicklung besitzloser Mobiliarsicherheiten bis 2006*

Dass das Besitzübertragungserfordernis beim Faustpfand den Zugang zum Realkredit erschweren und dies für verschiedene Kategorien von Wirtschaftsakteuren zu einem signifikanten Problem werden kann, hat sich in Frankreich, wie auch in anderen europäischen Rechtsordnungen, erst lange nach der Kodifizierung, vor allem wohl im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts gezeigt. Es begegnen nun die bereits bekannten Versuche, den engen Grenzen des Faustpfands durch Vereinbarung alternativer Sicherungskonstruktionen zu entgehen; insbesondere in Form des Verkaufs mit Rückkaufsrecht,[1193] bei dem das Eigentum ohne Gewahrsamsübertragung an den Käufer/Kreditgeber übergeht und Mietzinszahlungen an die Stelle der Darlehensraten treten. Die französische Rechtsprechung reagiert streng: Wird festgestellt, dass mit dem Verkauf eigentlich eine Kreditsicherung bezweckt ist, funktional also ein besitzloses Pfandrecht vorliegt, wird dem Geschäft die Wirksamkeit versagt. Auch die publizitätslose Sicherungsübereignung hat die französische Judikatur nie anerkannt.[1194]

Abhilfe erfolgt durch den Gesetzgeber; allerdings stets gleichsam nur sektorweise, »rein inzidentiell, wenn es eben wirtschaftlich erforderlich war«.[1195] In Anlehnung an eine bereits 1858 geschaffene Verpfändung mittels sog *warrants* (Pfandscheine) bei Einlagerung des Sicherungsguts in spezielle öffentliche Lagerhäuser[1196] wird 1898 als erste gesetzliche Maßnahme vor allem zugunsten land-

1192 Vgl etwa *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 89; *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 581 (n° 624); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 465 (n° 820). Das vor 2006 gemäß Art 2074 aF Cc für die Drittwirksamkeit erforderliche Beurkundungserfordernis wurde somit aus der Drittwirksamkeitsregel herausgenommen und in die Bestimmung zur Wirksamkeit *inter partes* verlagert.

1193 *Vente à réméré* (nunmehr *faculté de rachat),* grundsätzlich zulässig nach Art 1659–1673 Cc.

1194 Nw zum Ganzen unten IV.C.3.a.

1195 So die treffende Charakterisierung bei *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 456 f.

1196 Diese knüpft an die für das Faustpfand in Art 2076 aF Cc vorgesehene Möglichkeit an, das Besitzübertragungserfordernis durch Übergabe der Pfandsache an einen vereinbarten Dritten zu erfüllen. Diese Funktion haben seit 1858 vornehmlich die im Text erwähnten – genehmigungspflichtigen und unter staatlicher Aufsicht stehenden – öffentlichen Lagerhäuser *(magasins généraux)* übernommen, was insbesondere das Problem zu bewältigen half, dass Finanzinstitute verpfändete Fahrnis praktisch kaum selbst in Verwahrung nehmen können. Bei der Einlagerung werden dem Sicherungsgeber zwei jeweils für sich indossable Dokumente ausgestellt: ein Lagerschein *(récépissé),* mit dem das Eigentum an der Ware übertragen werden kann; und den Pfandschein *(warrant),* durch dessen Übergabe der eingelagerte Warenbestand verpfändet wird. Die Pfandbestellung setzt nach diesem System also zweierlei potentiell nach außen hin kundbare Akte voraus, nämlich die Übergabe des Pfandscheins und – im Unterschied zu den

wirtschaftlicher Kleinpächter die Pfandbestellung an bestimmten landwirtschaftlichen Gütern ohne Gewahrsamsaufgabe durch *warrant agricole* ermöglicht. Dabei stellt der Sicherungsgeber dem Gläubiger ein ***warrant*** aus, in dem die zu belastenden Güter – Ernte, Vieh, landwirtschaftliche Geräte – beschrieben sind und das in ein spezielles **Register** beim Gericht 1. Instanz am Lageort des Sicherungsguts einzutragen ist. Der *warrant* kann durch Indossament übertragen werden, wodurch der Indossatar die Pfandgläubigerstellung erhält.[1197] Nach diesem Muster hat der französische Gesetzgeber in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine Reihe weiterer besitzloser Sicherungsrechte geschaffen, etwa ein *warrant hôtelier* (zur Verpfändung von Hotelinventar), ein *warrant industriel* (an bestimmten Industrieprodukten, deren Bevorratung erwünscht war) und ein *warrant pétrolier* (für staatlich zugelassene Erdölimporteure an Erdölvorräten). Registrierungsstelle ist in diesen Fällen die Kanzlei des zuständigen Handelsgerichts.[1198] Von besonderer praktischer Bedeutung waren diese Instrumente zuletzt nicht mehr. Die jüngste Reform von 2021 – hierauf sei an dieser Stelle gleich hingewiesen[1199] – hat sie mit einer Ausnahme endgültig beseitigt.[1200] Sie dienen hier vor allem als erstes Zeugnis der außerordentlichen Zersplitterung des französischen Mobiliarsicherungsrechts.

Daneben treten sukzessive **Registerpfandrechte**, auch diese allerdings stets mit einem relativ eng umgrenzten Anwendungsbereich. Darunter finden sich echte Mobiliarhypotheken für Seeschiffe, Binnenschiffe und Luftfahrzeuge, bei denen die Drittwirksamkeit jeweils durch Eintragung in ein spezielles öffentliches

---

in der Folge genannten späteren Formen der Pfandbestellung mittels *warrants* – die *dépossession.* Vgl hierzu anschaulich *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 448 f; *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 695 (3 D 160). Heute sind die *magasins généraux* und die skizzierte Verpfändung mittels *warrants* in Art L522-1 ff Ccom geregelt. Die Reform von 2021 hat diese Bestimmungen nicht angetastet.

1197 Auch hierzu näher *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 454 ff; *Simler/Delebecque,* Les sûretés⁷ 661 ff (n° 710 ff); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés⁵ 505 ff (n° 899 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés¹⁰ 625 ff (n° 842 ff).

1198 Vgl *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 695 f (3 D 162 ff); *Simler/Delebecque,* Les sûretés⁷ 664 ff (n° 713 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés¹⁰ 625 ff (n° 842 ff); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés⁵ 505 ff (n° 899 ff).

1199 Zwar ist es primäres Ziel des vorliegenden Abschnitts, ein grundlegendes Verständnis der Rechtsentwicklung bis zum Start der großen jüngeren Reformen ab 2006 zu vermitteln. Soweit allerdings das hierbei anzusprechende Thema – wie hier das Instrument der *warrants* oder im Folgenden diverse spezielle Registerpfandrechte – im weiteren Verlauf der Arbeit aufgrund der dortigen Fokussierung auf Hauptfragen nicht weiterverfolgt wird und die hier angesprochenen Konzepte von der letzten bedeutenden Reform von 2021 neuerlich berührt werden, wird dies in den folgenden Absätzen kurz vermerkt und in den FN etwas näher ausgeführt.

1200 Zur Abschaffung Art 28 und 32 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 und hierzu der *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 14, 16. Erhalten bleibt der *warrant agricole* (geregelt in Art L342-1 bis 342-17 Code rural et de la pêche maritime); vgl den *rapport au Président* aaO 15.

Register bewirkt wird.[1201] Ein besonders deutliches Beispiel anlassbezogener Gesetzgebung betrifft die Erlassung eines Gesetzes, mit dem Verkäufern von Autos und Traktoren die Möglichkeit eines besitzlosen Pfandrechts zur Sicherung des kreditierten Kaufpreises eingeräumt wurde. Es wurde 1934 wenige Monate nach einer Entscheidung der Cour de cassation zur Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts in der Käuferinsolvenz auf Betreiben von Automobilindustrie und -handel, dem von dieser Judikatur offenbar am stärksten betroffenen Wirtschaftszweig, erlassen.[1202] Als weitere Beispiele mögen spezielle Registerpfandrechte für Kinofilme bzw Softwarenutzungsrechte dienen.[1203] Bei diesen spezialgesetzlich vorgesehenen Registern handelt es sich übrigens um verschiedene, nicht etwa um ein einziges einheitliches Register. Von diesen bleiben im Übrigen auch nach der Reform von 2021, die eine Vereinheitlichung des Registersystems für Mobiliarpfandrechte immerhin als eines ihrer Hauptanliegen bezeichnet,[1204] nicht wenige bestehen.[1205]

1201 Dazu *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 698 f (3 D 175 ff); *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 690 ff (n° 743 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 611 ff (n° 819 ff); ausführlich *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 521 ff (n° 923 ff). Das für Schiffshypotheken (an See- und Binnenschiffen) maßgebliche Register soll im Zuge der Reform von 2021 offenkundig in das allgemeine Pfandregister überführt werden, jedenfalls wird eine entsprechende Verordnungsermächtigung begründet. Siehe Art L4121-2 Code des transports idF des Art 31 Nr IX der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021. Die Verpfändung von Luftfahrzeugen mittels Eintragung im französischen Luftfahrtregister bleibt bestehen (vgl insbesondere Art L6122-1 und L6122-8 Code des transports).

1202 Gesetz vom 29.12.1934 *sur la vente à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles (Loi Malingre),* ersetzt durch Dekret vom 30.9.1953 *relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles.* Näher hierzu wieder *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 696 f (3 D 165 ff); *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 672 ff (n° 725 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 615 ff (n° 825 ff). Bei der angesprochenen Entscheidung der Cour de cassation handelt es sich um Cass civ 28.3.1934, bestätigt durch Cass civ 22.10.1934, beide mitgeteilt in D 1934, 1, 151 *(Vandamme).* Die Bestimmungen über dieses Spezialpfand wurden 2006 in die Art 2351 bis 2353 Cc überführt und dort durch die jüngste Reform 2021 um eine besondere Registrierungsbestimmung in Art 2338 Cc ergänzt, die weiterhin – in erster Linie zum Schutz potentieller Fahrzeugerwerber – die Eintragung in ein spezielles, verwaltungsbehördlich geführtes Fahrzeugregister *(système d'immatriculation des véhicules,* SIV) vorsieht. Die genannten Art 2351 bis 2353 Cc treten spätestens mit 1.1.2023 außer Kraft (Art 37 Nr I der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021).

1203 *Nantissement des films cinématographiques,* eingeführt durch Gesetz vom 22.2.1944, bzw *nantissement du droit d'exploitation des logiciels,* eingeführt durch Gesetz 94-361 vom 10.5.1994. Überblick bei *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 687 f (n° 740 f); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 620 f (n° 835 f). Diese Sonderregelungen sind – auch nach der Reform von 2021 – im Kern erhalten geblieben: Die Eintragung eines *nantissements* an kinematographischen oder audiovisuellen Werken erfolgt in einem speziellen *registre public du cinéma et de l'audiovisuel* (siehe Art L123-1 Z 2 Code du cinéma et de l'image animée); die Eintragung eines *nantissement du droit d'exploitation des logiciels* in einem speziellen Register des *Institut national de la propriété industrielle* (Art L132-34 Code de la propriété intellectuelle).

1204 *Rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 2 f, 15 f.

1205 Vgl die Hinweise in den voranstehenden FN.

Zwei weitere Registerpfandrechte verdienen für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung besondere Erwähnung. Zum einen ist dies der bis zur jüngsten Reform von 2021 bestehende sog *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel,* der ein besitzloses Pfandrecht zur Sicherung der **Anschaffungsfinanzierung** von Betriebsausrüstungs- und Investitionsgütern vorsah.[1206] Dieses Sicherungsinstrument stand damit funktional dem Eigentumsvorbehalt nahe (dem es im Zeitpunkt der Einführung dieses *nantissements* 1951 wie erwähnt an Konkursfestigkeit gebrach), es hat aber nicht nur dem Verkäufer der angeschafften Sache offengestanden, sondern auch dem Kreditgeber, der den Kaufpreis an den Verkäufer auszahlt, dem ferner Bürgen und Wechselbürgen gleichgestellt waren (Art L525-1 f Ccom aF). Man konnte dies als einen frühen Versuch sehen, verschiedene Finanzierungsformen beim Warenerwerb hinsichtlich der Besicherungsmöglichkeiten gleich zu behandeln, wie dies etwa auch beim *purchase money security interest* des Article 9 UCC oder bei den *acquisition finance devices* des DCFR angestrebt wird.[1207] Auch setzte der *nantissement de l'outillage* nicht notwendig voraus, dass das Sicherungsgeschäft vor Übergabe der zu finanzierenden Sache abgeschlossen wird; es genügte der Abschluss des (schriftlichen) Vertrags binnen zwei Monaten nach der Lieferung der Ware. Innerhalb von 15 Tagen ab Vertragsschluss musste die Verpfändung in ein bei der Kanzlei des Handelsgerichts geführtes Register eingetragen werden (Art L525-3 Abs 1 bzw 2 Ccom aF).[1208] Die Reform von 2021 hat auch dieses besondere Sicherungsrecht aus Vereinfachungsgründen aufgehoben.[1209] Der Gesetzgeber geht davon aus, dass das 2006 geschaffene allgemeine Pfandrecht des Cc den Anforderungen der Praxis vollständig Rechnung trägt.[1210]

Zum Zweiten sei kurz auf den – noch deutlich älteren – *nantissement du fonds de commerce* hingewiesen, ein Registerpfandrecht, mit dem, etwas übertrieben formuliert, die **Verpfändung des »Vermögens eines Unternehmens**« ermöglicht

---

1206 Eingeführt mit Gesetz vom 18.1.1951, zuletzt (nach Modifikationen) geregelt in Art L525-1 ff Ccom. Vgl hierzu etwa *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 621 ff (n° 837 ff); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 499 ff (n° 889 ff); *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 666 ff (n° 718 ff); *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 697 f (3 D 168 ff).

1207 Zum UCC vgl etwa *White & Summers,* Principles of Secured Transactions (2007) 160 ff und *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 405 ff; zum DCFR einführend unten V.A.2.e.(i.) sowie näher V.E.

1208 Die Registrierung schützte den Gläubiger allerdings nicht notwendigerweise vor einem gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten (Art 2279 aF bzw Art 2276 nF Cc), wenn der Sicherungsgeber unberechtigterweise über die Sache verfügt. Anbringen einer Verpfändungsplakette auf dem Sicherungsgut verhinderte den Gutglaubenserwerb und wurde daher zur Wahrung des Folgerechts grundsätzlich empfohlen; vgl *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 671 (n° 723); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 624 (n° 841); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 504 (n° 897).

1209 Art 28 Z 3 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 (Aufhebung von Buch V, Titel II, Kapitel V Ccom).

1210 Vgl den *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 14.

wird.[1211] Genauer gestattet diese Regelung die Verpfändung bestimmter – allerdings nicht aller – für den Betrieb eines Unternehmens wesentlicher Vermögenswerte, und zwar zusammengefasst als Betriebsvermögen. Darunter fallen (teilweise unter der Voraussetzung besonderer Vereinbarung): Firma, Mietrechte, Kundenstock, Geschäftseinrichtung, Arbeits- und Betriebsmittel, Patente, Lizenzen, Marken, Muster sowie generell Rechte geistigen Eigentums (Art L142-2 Abs 1 Ccom). Nicht erfasst werden können hingegen Waren- und Forderungsbestände. In der heutigen Praxis findet diese Sicherungsform offenbar nur als Ergänzung anderer Sicherheiten Verwendung.[1212] Dies scheint verständlich, da der Wert etlicher von ihr erfasster Vermögenswerte gerade dann typischerweise herabsinkt, wenn es auf den Wert der Sicherheit ankommt; sobald nämlich das Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät.[1213]

c. *Die Entwicklung beim Forderungspfand*

Vergleichbar mit anderen Rechtsordnungen setzt der Code civil bei der Verpfändung von Forderungen den Grundgedanken des Faustpfandprinzips ursprünglich dadurch um, dass für die Drittwirkung eine förmliche **Anzeige** der Verpfändung an den Drittschuldner *(signification)* gefordert wird (Art 2075 aF Cc).[1214] Wie beim Fahrnispfand liegt nahe, dass für den Gesetzgeber auch hier primär der Schutz des Gläubigers im Vordergrund gestanden haben wird. Zusätzlich verlangt die Rechtsprechung vor der Reform 2006 die Überlassung des (schriftlichen) Schuldtitels über die verpfändete Forderung, gleichsam analog zur Sachübergabe beim Fahrnispfand.[1215] Forderungen, die nicht mittels schriftlicher Urkunde begründet

1211 Eingeführt mit Gesetz vom 17.3.1909, nunmehr geregelt in Art L142-1 ff Ccom. Hierzu *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 513 ff (n° 913 ff); *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 681 ff (n° 734 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 613 ff (n° 822 ff); *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 698 (3 D 173 f). Auch bei diesem Pfandrecht ist neben der schriftlichen Abfassung des Verpfändungsvertrags dessen Registrierung erforderlich. Die *sûreté*-Reform von 2021 hat insoweit einige Vereinfachungen gebracht; im Einzelnen siehe Art 27 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 und die diesbezüglichen Erläuterungen im *Rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 14.

1212 *Biller,* Mobiliarsicherheiten 115 mwN; *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 614 (n° 823).

1213 Vgl *Aynès/Crocq,* Les sûretés: la publicité foncière[10] (2016) 329 (n° 541); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 613 (n° 822); *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 144.

1214 Daneben forderte diese Bestimmung analog jener zum Fahrnispfand (Art 2974 aF Cc), dass der Verpfändungsvertrag entweder in öffentlicher Urkunde geschlossen oder eine private Verpfändungsurkunde ordnungsgemäß registriert wird; alternativ genügt es, dass der Drittschuldner die Verpfändung in einer öffentlichen Urkunde akzeptiert. Vgl *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 590 f (n° 793); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 509 f (n° 904).

1215 Zu alldem vgl *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 590 f (n° 793); *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 690 f (3 D 143 f) mwN; vgl des Weiteren *Simler,* Das

werden, gelten damit zunächst als praktisch unverpfändbar, was erst relativ spät durch die Rechtsprechung gelockert wird.[1216] Überhaupt bleibt die praktische Bedeutung von Forderungsverpfändungen nach diesen Regeln gering.

Gewisse Vereinfachungen werden, wie beim Fahrnispfand, durch im Jahre 1863 in den Code de commerce eingeführte Sonderbestimmungen zur Verpfändung **handelsrechtlicher** Forderungen geschaffen. Das Erfordernis der Drittschuldnerverständigung wird hierdurch allerdings nicht beseitigt.[1217] Eine praktische Erleichterung bringt erst ein Gesetz aus 1981, nach welchem für die Verpfändung von gewerblichen Forderungen an Banken anstelle der *signification* die **Übergabe eines Forderungsverzeichnisses** *(bordereau)* an den Gläubiger genügt.[1218] Drittwirksamkeit tritt in diesem Fall mit dem auf dem Forderungsverzeichnis vermerkten Datum ein.[1219] Der Publizitätseffekt dieses Verfahrens ist äußerst gering.

Gegenüber der Entwicklung beim Fahrnispfand zeigt sich im Ergebnis insbesondere eines: Ein wirkliches Registerpfandrecht hat sich im Bereich der Forderungsverpfändung nicht herausgebildet.[1220] Auf die zahlreichen Sonderbestimmungen zur Verpfändung bestimmter Forderungen (zB aus Lebensversicherungen) und sonstiger Rechte (zB Anteile an verschiedenen Formen von Gesellschaften) wird hier nicht weiter eingegangen.[1221]

d. *Das geltende Recht nach den Reformen 2006 und 2021 im Überblick*

(i.) Allgemeines

Die erwähnte große Reform des Kreditsicherungsrechts durch *Ordonnance* n° 2006-346 vom 23.3.2006[1222] hat – was angesichts eines solchen Legislativprojekts überraschen mag – die deutlich gewordene Zersplitterung des französischen Mobiliarsicherungsrechts keineswegs beseitigt. Die zahlreichen sondergesetzlichen

Recht der Mobiliarsicherheiten in Frankreich, in *Kreuzer* (Hrsg), Mobiliarsicherheiten 105 (1999) (118 f).

1216 Vgl *Simler* in *Kreuzer,* Mobiliarsicherheiten 105 (118) mit Hinweis auf eine E der Cass civ 1[re] vom 10.5.1983.

1217 Vgl ausdrücklich Art 91 Abs 4 aF Ccom. Beseitigt wurden hingegen die in FN 1214 erwähnten Formerfordernisse. Vgl im Übrigen oben IV.C.2.a. bei und mit FN 1191 sowie *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 693 (3 D 153 ff).

1218 Gesetz vom 2.1.1981 *facilitant le crédit aux entreprises,* mit Ausführungsdekret vom 9.9.1981, vgl *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 690; *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 591 f (n° 794). An die Stelle dieser Bestimmungen sind nunmehr die Art L313-23 ff CMF getreten. Die genannten Bestimmungen gelten auch für Sicherungszessionen, in welchem Bereich ihre hauptsächliche Bedeutung liegt. Siehe unten IV.C.3.b.

1219 Vgl nunmehr Art L313-27 Abs 1 CMF.

1220 Zu registrieren war nach den vorgestellten Regelungen nur der Vertrag bei Verpfändung nicht kommerzieller Forderungen (oben FN 1214), dies allerdings zusätzlich zur Drittschuldnerverständigung.

1221 Siehe zu diesen etwa *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 612 (n° 662 ff).

1222 Für deutschsprachige Literatur siehe oben IV.C.1. mit FN 1176.

Spezialpfänder sind beibehalten worden; durch die im Code civil selbst vorgenommenen Änderungen wurden dem Rechtsbestand vielmehr noch weitere Verpfändungsformen hinzugefügt.[1223] Beispielsweise wurde neben dem neuen Registerpfandrecht für bewegliche körperliche Sachen ein weiteres spezielles Pfandrecht für Warenlager geschaffen (der sog *gage des stocks).*[1224]

Dies warf natürlich die Frage auf, wie sich die neuen Regeln über das allgemeine Pfandrecht nach Code civil zu jenen über solche – alte oder neue – Spezialpfandrechte verhalten; etwa, ob im Anwendungsbereich der Bestimmungen über den *gage des stocks* ein besitzloses Registerpfand nach Art 2337 f Cc begründet werden kann.[1225] Die Cour de cassation hat diese Frage bezogen auf das zuletzt angeführte Konkurrenzverhältnis explizit verneint.[1226] Der Effekt war ein unglücklicher: Da Warenlagerbestände und dergleichen in der Praxis der Kreditbesicherung mittels Mobilien eine zentrale Stellung einnehmen, drohte die praktische Bedeutung des neuen allgemeinen Registerpfands eine eher bescheidene zu bleiben. Der Gesetzgeber hat schließlich gegengesteuert und zunächst durch eine Novellierung 2016 eine Wahlmöglichkeit der Parteien zwischen dem allgemeinen Registerpfand

1223 Dies stellt, wenig überraschend, einen wesentlichen Kritikpunkt an der Reform dar; vgl etwa *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 564 (n° 756); *Legeais,* Le droit français, modèle ou anti-modèle? in *Borga/Gout* (Hrsg), L'attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 27 (32 f); *Martial-Braz,* L'existence de modèles alternatifs, in *Borga/Gout* (Hrsg), L'attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 35 (35 f n° 2); *Albiges,* La place du gage sans dépossession au sein des sûretés réelles mobilières, in *Borga/Gout* (Hrsg), L'attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 117 (123 n°15); ferner *Biller,* Mobiliarsicherheiten 171 f mwN aus dem französischen Schrifttum. – Im Bericht der *Grimaldi*-Arbeitsgruppe, die im Wesentlichen den Vorschlag zum Gesetzgebungsverfahren geliefert hat, wird das Konzept eines (einheitlichen) *security interest* iSd Article 9 UCC zwar allgemein als Inspirationsquelle angeführt; siehe *Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés,* Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, ministre de la justice (2005) 10. In Hinblick auf eine Vereinheitlichung der Sicherungsformen hat sich dessen Einfluss allerdings nicht niedergeschlagen.

1224 Geregelt in Art L527-1 ff Ccom (in Kraft bis 31.12.2021). Diese Sicherungsform ermöglichte die Verpfändung von Rohstoffen, Vorräten, Zwischen-, Abfall- und Endprodukten sowie Handelswaren (Art L527-3 Ccom). Der persönliche Anwendungsbereich war im Wesentlichen auf Kreditinstitute als Gläubiger und juristische Personen des Privatrechts bzw unternehmerisch tätige natürliche Personen als Sicherungsgeber beschränkt; auch der notwendige Inhalt des Verpfändungsvertrags war zwingend vorgegeben (im Einzelnen Art L527-1 Ccom).

1225 Art 2354 Cc (idF vor der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021) bestimmte lediglich, dass die allgemeinen *gage*-Regeln des Cc die Anwendung spezialgesetzlicher Bestimmungen »nicht hindern«. Zur praktisch wie theoretisch primär interessierenden Frage, ob umgekehrt die Anwendbarkeit einer Spezialregelung der Anwendung der allgemeinen Pfandregeln entgegensteht, schwieg das Gesetz. Diese Unklarheit wurde erst durch die Aufhebung der Sonderregeln zum *gage des stocks* und des Art 2354 Cc duch die genannte *ordonnance* n° 2021-1192 beseitigt; vgl sogleich im Text.

1226 Cass com 19.2.2013, n° 11-21.763; Cass, Ass Plén 7.12.2015, n° 14-18435, Gaz Pal 16.2.2016, 30. Danach ist im Anwendungsbereich des *gage des stocks* die Begründung eines besitzlosen Pfands nach den allgemeinen Regeln des Code civil unzulässig. Zustimmend *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 491 f (n° 873).

des Cc und dem *gage des stocks* eingeführt.[1227] Die Reform von 2021 hat die Spezialform des *gage des stocks* mit Hinweis auf die ohnehin vollauf gegebene Praxistauglichkeit konsequenterweise wieder beseitigt.[1228] Erst jüngts hat sich also ein Bedürfnis nach Bereinigung zumindest teilweise durchgesetzt.

Daneben hat die Neuregelung von 2006 eine terminologische Anpassung gebracht: Der Begriff ***gage*** umfasst jetzt kraft gesetzlicher Definition ausschließlich das Befriedigungsrecht aus (gegenwärtigen oder zukünftigen) **beweglichen körperlichen** Sachen oder Sachgesamtheiten (Art 2333 Abs 1 Cc). Dagegen bezeichnet der Begriff ***nantissement*** nunmehr ausschließlich Sicherungsrechte an **Rechten** (Art 2355 Abs 1 Cc). Diese Terminologie gilt nun grundsätzlich auch für alle traditionellen Pfandrechte, trotz teilweise noch abweichenden Gesetzeswortlauts.[1229]

Der nachfolgende Überblick beschränkt sich auf die von der Reform von 2006 geprägten Bestimmungen im **Code civil.** Er konzentriert sich zudem auf den Bereich der Pfandrechtsbegründung; der Schwerpunkt liegt dabei bei den wirtschaftlich bedeutenden Formen der Fahrnisverpfändung ohne Besitzaufgabe bzw der Forderungsverpfändung ohne Drittschuldnerverständigung. Einige Aspekte aus dem Recht der Pfandverwertung werden in einem gesonderten Kapitel besprochen.[1230]

(ii.) Das neue Modell des gage beim Fahrnispfand

Die »neuen«, maßgeblich auf die Reform von 2006 zurückgehenden und später nur punktuell modifizierten Bestimmungen zum *gage* unterscheiden deutlicher noch als die Vorgängerregelung zwischen der Wirksamkeit des Pfandrechts zwischen Pfandbesteller und Gläubiger sowie seiner Wirksamkeit gegenüber Dritten. Das Entstehen ***inter partes*** regelt Art 2336 Cc. Danach ist das Pfandrecht an einer beweglichen körperlichen Sache »perfekt« mit der Errichtung eines **schriftlichen Vertrags,** der sowohl die gesicherte Forderung, als auch die Anzahl der verpfändeten Güter sowie deren Art oder Natur bezeichnet.[1231]

Drittwirksamkeit kann nach dem Code civil nunmehr auf zweierlei Art erlangt werden: Zum einen wird die hierfür erforderliche Publizität weiterhin durch **Übergabe** der Sache an den Gläubiger oder an einen von den Parteien bestimmten

1227 Art L527-1 Abs 4 Ccom idF der *ordonnance* n° 2016-56 vom 29. 2. 2016 *relative au gage des stocks.*

1228 Siehe Art 28 Z 3 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 (Aufhebung von Buch V, Titel II, Kapitel VII Ccom) und *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 14.

1229 Vgl *Biller,* Mobiliarsicherheiten 112; *Ch. Wilhelm,* ZEuP 2009, 152 (157 f); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 434 ff (n° 588 f); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 457 (n° 808).

1230 Siehe unten IV.C.5.

1231 Dazu etwa *Biller,* Mobiliarsicherheiten 117 ff (dort auch Hinweise zu teilweise abweichenden Regelungen bei einigen speziellen Pfandrechten); näher *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 581 ff (n° 623 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 569 f (n° 764); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 465 (n° 820).

Dritten hergestellt (Art 2337 Abs 1, 2 Cc); gleichgestellt ist die Übergabe eines Traditionspapiers.[1232] Das vormalige Registrierungserfordernis bei privaturkundlicher Bestellung entfällt.[1233] Alternativ erfolgt die Kundbarmachung durch Eintragung in ein neu geschaffenes **Pfandregister.** Dieses wird – nach der im Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses geltenden Rechtslage – bei der Kanzleistelle *(greffe)* desjenigen Handelsgerichts *(tribunal de commerce)* geführt, in dessen örtlichem Zuständigkeitsbereich der Pfandbesteller seinen Geschäfts- oder Wohnsitz hat.[1234] In Umsetzung der Reform von 2021 ist wohl die Einführung eines Zentralregisters geplant; die diesbezüglich erforderliche Durchführungsverordnung muss bis zum 1.1.2023 erlassen werden,[1235] liegt allerdings noch nicht vor. Der Pfandrang im Falle mehrfacher Verpfändung derselben Sache bestimmt sich nach dem Registrierungsdatum; dies gilt auch gegenüber einem späteren Faustpfandgläubiger (Art 2340 Cc). Einzelheiten zur Funktionsweise des erwähnten Registers werden unten in einem gesonderten Kapitel erörtert.[1236]

Aus Sicht des französischen Rechtsverständnisses besonders bedeutsam ist die (erst 2008 nachträglich eingefügte[1237]) Bestimmung in Art 2286 Abs 1 Z 4 Cc, die den Gläubiger beim besitzlosen Pfandrecht mit einem fiktiven **Zurückbehaltungsrecht** ***(droit de rétention)*** ausstattet.[1238] Ein Retentionsrecht verschafft dem Berechtigten traditionell eine ausgesprochen starke Position: Er kann im weitesten Sinne die Nutzung der Sache durch den Schuldner verhindern, und zwar auch mit Wirkung gegenüber den Gläubigern des Schuldners. Insbesondere verleiht das Retentionsrecht ein Recht auf den Wert der Sache. Kommt es im Insolvenzverfahren zur Liquidation, kann der Liquidator zwar ungeachtet des bestehenden Retentionsrechts die Verwertung vornehmen (Art L642-20-1 Abs 1 Ccom), das Retentionsrecht überträgt sich allerdings automatisch auf den Erlös (Art L642-20-1 Abs 3 Ccom).

1232 Art 2337 Abs 2 Cc idF der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021. Das Gesetz spricht von einem Titel, der die Sache repräsentiert, etwa einem Konnossement.

1233 Vgl bereits oben IV.C.2.a. mit FN 1192. Das Besitzpfand bleibt in weiterer Folge im Wesentlichen außer Betracht. Zu Änderungen in diesem Bereich durch die Reform von 2006 siehe überblicksweise *Ch. Wilhelm,* ZEuP 2009, 152 (158 ff); näher *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 84 ff; *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 572 ff (n° 766 ff).

1234 Art 2338 Cc iVm Dekret 2006-1804 vom 23.12.2006 *relatif à la publicité du gage sans dépossession.* Überblick hierzu bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 123 ff (aaO 121 f auch zu den diesbezüglichen Regelungen für einzelne Spezialpfandrechte); näher wieder *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 585 ff (n° 628 ff); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 469 f (n° 830); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 580 (n° 779).

1235 Vgl Art 37 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021.

1236 Siehe Kapitel IV.C.2.e.

1237 Durch Art 79 des Gesetzes n° 2008-776 vom 4.8.2008 zur Modernisierung der Wirtschaft.

1238 Zum Folgenden siehe *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 570 ff (n° 609 ff) und 597 f (n° 643); *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 247 ff (n° 448 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 582 f (n° 784). In deutscher Sprache *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 108 f, 112. Die mit *ordonnance* n° 2021-1193 vom 15.9.2021 *portant modification du livre VI du code de commerce* vorgenommenen Änderungen in Art L622-7 Ccom sind für die hiesige Darstellung nicht relevant.

Grundsätzlich kann der Retentionsberechtigte auch im Sanierungsverfahren die sofortige Bezahlung durchsetzen (vgl Art L622-7 II Abs 2 Ccom). Anderes gilt insofern jedoch beim Pfand ohne Besitzaufgabe: In der Beobachtungsphase bzw während der Erfüllung eines Sanierungsplans ist das Retentionsrecht (und damit das Recht auf den Wert) aus einem besitzlosen Pfandrecht grundsätzlich nicht durchsetzbar *(inopposabilité,* Art L622-7 I Abs 2 Ccom). Insoweit ist das besitzlose Pfand gegenüber dem Besitzpfand bei Insolvenz des Schuldners (vorübergehend) geschwächt. Wurde das Sicherungsgut im Betrieb des Schuldners belassen, soll es dort auch zu dessen Sanierung genützt werden können. Auch eine – seit der Reform 2006 zulässige – Verfallsvereinbarung kann während eines Sanierungsverfahrens nicht realisiert werden (Art L622-7 I Abs 3 Ccom); diese Regelung gilt allerdings für Besitz- und besitzlose Pfänder gleichermaßen.[1239]

(iii.) Die neuen Bestimmungen zum Forderungspfand

Das Pfandrecht an Forderungen[1240] wurde im Zuge der Reform von 2006 in einem eigenen Abschnitt geregelt (Art 2355–2366 Cc).[1241] Die Begründung des Sicherungsrechts setzt nach Art 2356 Cc den Abschluss eines schriftlichen Verpfändungsvertrags voraus, der eine Bezeichnung der gesicherten und die verpfändeten Forderungen enthalten muss. Wenn es sich um zukünftige Forderungen handelt, muss der Vertrag ihre Individualisierung zulassen.[1242] Sodann bestimmt Art 2361 Cc, dass das Pfandrecht zwischen den Parteien sowie gegenüber Dritten **mit dem Datum des Vertragsabschlusses** *(à la date de l'acte)* wirksam wird,[1243] wobei das auf der Urkunde vermerkte Datum bis zum Beweis des Gegenteils als maßgebliches Datum wird gelten können.[1244] Abweichendes gilt lediglich gegenüber dem Drittschuldner: Dieser kann solange schuldbefreiend an den Sicherungsgeber leisten, bis ihm die Verpfändung (in irgendeiner Form) angezeigt wird, es sei denn, dass er selbst im Rahmen eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts an der Pfandbestellung beteiligt war (Art 2362 f Cc).

1239 Zur nunmehrigen Zulässigkeit der Verfallsabrede und deren Undurchsetzbarkeit im Insolvenzverfahren (einschließlich Liquidation) unten IV.C.5.

1240 Für Pfandrechte an anderen unkörperlichen Sachen verweist Art 2355 Abs 5 Cc, soweit keine speziellen Regelungen bestehen, auf die Bestimmungen über den *gage* an beweglichen körperlichen Sachen. Dies entspricht der Systematik vor der Reform, erweist sich jedoch oftmals als unpassend. Kritik und wN etwa bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 144 f.

1241 Die durch die *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 punktuell vorgenommenen Modifikationen in diesem Abschnitt spielen für die nachfolgende Darstellung keine Rolle.

1242 Zur Bestimmbarkeit künftiger Forderungen noch näher unten IV.C.3.b.

1243 Vgl etwa *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 607 ff (n° 655 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 594 f (n° 799 f); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 510 f (n° 905 und 907); *Biller,* Mobiliarsicherheiten 146 ff; *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 121 f.

1244 IdS *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 607 f (n° 656) mit FN 1. Die Reform von 2021 stellt klar, dass im Bestreitungsfall der Nachweis des Datums dem gesicherten Gläubiger obliegt (Art 2361 Satz 2 Cc idF *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021).

Damit wird für das drittwirksame Entstehen eines Forderungspfands praktisch gar **keine Publizität** – versteht man den Begriff als Erkennbarkeit für Dritte – gefordert.[1245] Ein schriftliches Vertragsdokument genügt. Gedient ist damit allein dem Beweisinteresse des Gläubigers, wenn dieser sein Recht gegenüber anderen Prätendenten durchzusetzen gezwungen ist. Insbesondere wurde für Forderungen – im Gegensatz zum Fahrnispfand, aber in Einklang mit der Entwicklung beim Forderungspfand vor der Reform 2006 – kein Registerpfandrecht geschaffen, bei dem für die Wirkung des Pfandrechts gegenüber Dritten die Eintragung desselben in einem öffentlichen Register erforderlich ist, aber auch genügt.[1246] Bei der Frage nach den Gründen für diese Divergenz muss man sich mit Mutmaßungen zufrieden geben. Ein Aspekt[1247] ist möglicherweise, dass man sich bei der Gesetzgebung an den Erfahrungen mit der – ebenfalls weitgehend publizitätslosen – *Loi Dailly* orientiert hat. Diese regelt die Abtretung bzw Verpfändung »gewerblicher« Forderungen an Banken,[1248] also eine im Geschäftsverkehr mehr als übliche Form der Kreditsicherung. In diesem Bereich ergeben sich aus schwach ausgeprägter oder fehlender Publizität in der Praxis meist keine nennenswerten Probleme, kann doch quasi jedermann damit rechnen, dass sich ein Unternehmen einer solchen Besicherungsform bedient. Der für ein Publizitätssystem typische Warneffekt wird hier nur in vergleichsweise geringem Maße benötigt. Ein solcher Befund passt jedoch nicht unbedingt auf andere Bereiche. Es liegt daher die Schlussfolgerung nahe, dass der Gesetzgeber den bei der *Loi Dailly* wohl relativ gut vertretbaren »publizitätsarmen« Ansatz etwas unreflektiert in die allgemein anwendbare Regelung zur Forderungsverpfändung im Code civil übernommen hat.

(iv.) Hinweis zur fiducie und Sicherungszession

Die in diesem Kapitel untersuchte Frage nach Publizitätsanforderungen bei der Begründung eines Sicherungsrechts stellt sich in gleicher Weise für die mit weiteren Reformen ab 2007 neu eingeführte Sicherungstreuhand *(fiducie sûreté)*. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen wird hierauf im nachfolgenden Kapitel eingegangen.[1249] Zusammenfassend kann hier vorweggenommen werden, dass hinsichtlich der sicherungsweisen Abtretung von **Forderungen** nach diesen neuen

---

1245 So etwa auch der Befund bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 158.

1246 In einem anderen Sinne wurde sogar eine zuvor (nach Art 2075 aF Cc) bestehende Registrierungspflicht beseitigt: Danach war bei Verpfändung einer Forderung allein nach den Bestimmungen des Cc – zusätzlich zur Drittschuldnerverständigung – im Fall eines privaturkundlichen Verpfändungsvertrags dessen ordnungsgemäße Registrierung erforderlich (vgl oben IV.C.2.c. mit FN 1214).

1247 Die folgende Überlegung verdanke ich Professor *Pascal Ancel* (zuletzt *Université du Luxembourg).* Vgl auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 595 (n° 800).

1248 Siehe unten IV.C.3.b.

1249 Siehe unten IV.C.3.c.(ii.) unter 3.

Bestimmungen im Ergebnis Ähnliches gilt wie für die Forderungsverpfändung nach den eben vorgestellten *nantissement*-Regeln des Code civil aus 2006: Drittwirksamkeit tritt mit dem Datum des Vertragsabschlusses ein, lediglich gegenüber dem Drittschuldner ist eine Anzeige erforderlich (Art 2018-2 Cc). Eine Registrierung ist hier zwar erforderlich, das *fiducie*-Register hat allerdings keinerlei Publizitätsfunktion. Die Belastung wird somit wie beim *nantissement* nicht nach außen hin kundbar. Hinsichtlich der **Sicherungsübereignung von Fahrnisgegenständen** fehlt eine ausdrückliche Regelung im Gesetz. Ob eine Sicherungs-*fiducie* an beweglichen körperlichen Sachen ohne Besitzaufgabe denkbar ist, ist zum Teil bezweifelt worden.[1250]

Ebenfalls publizitätslos erfolgt die mit der Reform von 2021 neu in den Cc aufgenommene allgemeine **Sicherungszession** (Art 2373 ff iVm Art 1321 ff Cc). Auch deren Entwicklung wird zur Vermeidung von Wiederholungen in einem der nachfolgenden Kapitel erörtert.[1251]

e. *Das neue gage-Register im Besonderen*

Zweck des nun folgenden Kapitels ist es, das schon erwähnte neue Register für Pfandrechte näher vorzustellen, die an beweglichen körperlichen Sachen nach den allgemeinen Bestimmungen der Art 2333 ff Cc als *gage sans dépossession* begründet werden. Auf diese Darstellung wird im Rahmen später anzustellender Vergleiche und Bewertungen mehrfach zurückzugreifen sein. Sie fällt daher im Verhältnis zur sonstigen Erörterung des französischen Rechts etwas ausführlicher aus.

(i.) Allgemeines und Registrierungsvorgang

Dieses *gage*-Register, offiziell bezeichnet als *fichier national centralisé tenu par le Conseil national des greffiers des Tribunaux de commerce,* geht auf ein Dekret aus dem Jahr 2006 zurück. Es wird zentral und elektronisch von den Kanzleien *(greffes)* der Handelsgerichte geführt.[1252] Mit den früheren und zT noch bestehenden Registern für die diversen Spezialpfandrechte ist es weder ident noch verbunden. Ursprünglich hat es somit lediglich als Publizitätsmedium für die erwähnten ***gages sans dépossession* nach Code civil** fungiert, für die Art 2338 Cc die Registrierung vorsieht; daneben für Pfandrechte an Gesellschaftsanteilen *(parts sociales),* sofern hierfür nicht wieder Sonderregelungen bestehen.[1253] Mit der Reform von 2021 soll

---

1250 Auch hierzu unten IV.C.3.c.(ii.) unter 3.

1251 Siehe unten IV.C.3.b.

1252 *Décret* n° 2006-1804 vom 23. 12. 2006. Das Register ist im Internet unter <https://www.infogreffe.fr/societes/documents-officiels/gage-sans-depossession.html> zugänglich.

1253 Vgl Art 1 Abs 1 und 2 *décret* n° 2006-1804. Im Folgenden wird allerdings allein die Verpfändung beweglicher körperlicher Sachen im Vordergrund stehen.

die Bedeutung dieses Zentralregisters allerdings erheblich ausgebaut werden, indem eine Reihe von Spezialregistern bzw spezielle Pfandrechte mit ihren jeweiligen Registern aufgegeben werden. Die Gesetzesmaterialien sprechen überhaupt von einem »einheitlichen Mobiliarsicherheitenregister«,[1254] mit Ausnahme des gemäß Art 2338 Abs 2 nF Cc weiterhin zur Verpfändung zugelassener Kfz und Anhänger genutzten Kraftfahrzeugregisters *(système d'immatriculation des véhicules,* SIV). Die Verpfändung eines ganzen Fuhrparks soll allerdings wieder den allgemeinen Pfandrechtsregeln unterliegen und damit im Zentralregister eingetragen werden, weil sich das Eintragungssystem des SIV für die Registrierung eines zahlreichen und regelmäßig revolvierenden Fahrzeugbestands nicht eignet.[1255]

Das besagte Dekret n° 2006-1804 hat in der Folge keine nennenswerten, für die Zwecke der nachfolgenden Darstellung relevanten Modifikationen erfahren. Inwieweit sich im Zuge der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Registers infolge der Reform von 2021 inhaltliche Änderungen ergeben werden, ist gegenwärtig noch nicht abzusehen. Vorzunehmen wären diese bis spätestens 1.1.2023.[1256] Die nachfolgende Erörterung basiert daher grundsätzlich auf der 2006 geschaffenen Rechtslage.

Konzipiert worden ist das 2006 geschaffene *gage*-Register als Personalfoliensystem *(système de publicité personelle),* wie es in mehreren Ländern, darunter dem kanadischen Bundesstaat Quebec, erfolgreich betrieben werde.[1257] Der *gage* wird auf Antrag des Gläubigers bei der Gerichtskanzlei am Sitz des Schuldners registriert.[1258] Eingaben werden in Papierform gemacht. Vorzulegen ist eines der Originale des **Sicherungsvertrags** (oder eine Ausfertigung desselben im Falle »authentischer«, dh notarieller Errichtung), dem ein ausgefülltes **Formblatt** *(bordereau)*[1259] in zweifacher Ausfertigung beizuschließen ist. Darin sind zu verzeichnen:[1260]

1254 Vgl *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 1. Ganz zutreffend ist dies ob des teilweisen Fortbestehens einzelner spezieller Register nicht; vgl die Hinweise zur deren Beibehaltung bzw Aufgabe im Fußnotenapparat zu IV.C.2.d.(ii.). Überdies werden wie gesehen Sicherungsrechte an Forderungen in diesem Register überhaupt nicht eingetragen.

1255 So die Erläuterungen im *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 8.

1256 Vgl den bereits mehrfach zitierten Art 37 der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021, der für einige registerbezogene Bestimmungen der Novelle das Inkrafttreten mit einem per Dekret zu bestimmenden Zeitpunkt, der nicht nach dem 1.1.2023 liegen darf, festlegt. Die eigentliche Ermächtigung zur Regelung des Registers durch Dekret folgt weiterhin aus Art 2338 Satz 1 Cc.

1257 So die Begründung im *Grimaldi*-Bericht (FN 1223) 11.

1258 Art 1 Abs 1 *décret* n° 2006-1804. Vgl etwa *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 580 (n° 779).

1259 Dieses steht im Internet als Word-Dokument zur Verfügung; siehe zB <https://www.greffe-tc-paris.fr/procedure/gage_sans_depossession>. Ursprünglich waren diese Formulare offenbar nur als pdf-Dokument verfügbar und wurden daher wohl handschriftlich ausgefüllt, was zT die Lesbarkeit der Eintragungen erschwert. Handschriftliche Vermerke und Ergänzungen auf den weitgehend elektronisch ausgefüllten Formblättern sind auch heute nicht unüblich.

1260 Siehe Art 2 *décret* n° 2006-1804. Vgl auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 469 f (n° 830); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 580 (n° 779).

1. Die Bezeichnung des **Sicherungsgebers** und des **Gläubigers** (mit näher festgelegten Einzelheiten).
2. Das **Datum** des Verpfändungsvertrags.
3. Die Höhe der **gesicherten Forderung**, deren Fälligkeitstag und Zinssatz sowie, falls vereinbart, die Existenz einer Verfallsabrede. Werden zukünftige Forderungen gesichert, sind die Parameter anzuführen, die ihre Bestimmung ermöglichen.
4. Die **Bezeichnung des Sicherungsguts** mit Angabe jener Parameter, die seine Identifizierung zulassen; insbesondere seine »Natur«, der Belegenheitsort und, sofern relevant, die Marke oder Seriennummer; oder, wenn es sich um eine Gesamtheit gegenwärtiger oder zukünftiger Sachen handelt, deren Natur, Qualität und Quantität.[1261]
5. Im Fall der Verpfändung von Gesellschaftsanteilen diverse, hier nicht näher interessierende Angaben etwa zur Rechtsform der Gesellschaft, zu Firmenname, Anschrift, Registrierungsnummer, Anzahl und Nominalwert der verpfändeten Anteile.
6. Die **Kategorie** des Sicherungsgegenstands anhand einer vom Justizministerium zu verlautbarenden Nomenklatur.[1262]
7. Sofern gattungsmäßig bestimmte körperliche Sachen verpfändet werden, die Befugnis des Sicherungsgebers, diese nach den in Art 2342 Cc vorgesehenen Bedingungen **zu veräußern.**

Die **Eintragung** wird durch einen Registrierungsbeamten *(greffier)* vorgenommen. Er bringt auf der Vertragsurkunde eine Ordnungsnummer an,[1263] zudem wird die Registrierung auf dem Formblatt *(bordereau)* unter Angabe des Registrierungsdatums und der Ordnungsnummer vermerkt.[1264] Einer dieser *bordereaux* wird dem

---

1261 Hierfür standen im erwähnten Formblatt (FN 1259) in der ursprünglichen pdf-Version knappe vier Zeilen zur Verfügung. An höhergradig komplexe Beschreibungen ist hier also offenkundig nicht gedacht. Die mittlerweile gegebene Verfügbarkeit von Word-Versionen entschärft die damit vorprogrammierten praktischen Schwierigkeiten. Auf eine Änderung des gesetzlichen Leitbilds zum Detailgrad von Identifizierungsangaben kann hieraus allerdings nicht geschlossen werden. Die Rechtsgrundlagen sind ja dieselben geblieben.

1262 Zur Verfügung stehen folgende 17 Kategorien (hier in der Reihenfolge der Nummerierung im erwähnten *bordereau):* Tiere; Uhren und Schmuck; Musikinstrumente; zu professioneller Nutzung bestimmte Anlagen, Mobiliar und Produkte, die in keiner anderen Kategorie aufscheinen; Anlagen zur nichtprofessionellen Nutzung mit Ausnahme von EDV-Anlagen; Sportartikel; EDV-Anlagen und Zubehör; Möbelstücke; unkörperliche Sachen mit Ausnahme von Gesellschaftsanteilen; Geld; Kunstwerke, Sammelobjekte und Antiquitäten; Gesellschaftsanteile; Verlags- und Presseprodukte bzw Produkte anderer graphischer Industrien; nicht verzehrbare Flüssigprodukte; Textilprodukte; Nahrungsmittel; andere (dh von keiner anderen Kategorie erfasste Vermögenswerte). Naheliegend erscheint, dass diese Kategorieliste infolge der signifikanten Ausdehnung des Anwendungsbereichs des allgemein *gage sans dépossession* durch die Reform 2021 eine Anpassung erfahren wird.

1263 Art 1 Abs 3 *décret* n° 2006-1804.

1264 Art 3 Abs 1 *décret* n° 2006-1804.

Antragsteller unter Hinweis auf die erfolgte Registrierung zurückgestellt. Der zweite verbleibt mit denselben Vermerken bei der Gerichtskanzlei, und zwar gemeinsam mit dem Pfandbestellungsvertrag, wenn dieser als Privaturkunde aufgesetzt worden ist.[1265] Welche Informationen der Beamte in das elektronische Register eingibt, wird im zitierten Dekret nicht explizit geregelt; festgelegt ist lediglich, welche Informationen bei Durchführung einer Abfrage ausgeworfen werden.[1266] Werden später Änderungen oder Ergänzungen in Bezug auf das registrierte Pfandrecht vorgenommen, ist im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen eine neuerliche Registrierung vorzunehmen.[1267] Die Registrierungskosten richten sich nach der Höhe der besicherten Forderung und betragen derzeit zwischen € 13,99 (für eine Forderung unter € 7.800,–) und € 73,27 (für eine Forderung von oder über € 20.800,–).[1268]

Die Eintragung wird am Tag ihrer Vornahme wirksam. Sie bleibt ab diesem Datum für **fünf Jahre** wirksam und kann vor Ablauf dieser Frist erneuert werden. Andernfalls wird sie von Amts wegen gelöscht.[1269] Davor kann eine **Löschung** der Eintragung vom Gläubiger beantragt werden, alternativ auch vom Sicherungsgeber zB unter Nachweis einer entsprechenden Parteienvereinbarung. Ferner kann sie aufgrund rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung erfolgen.[1270]

Die wesentlichen **Wirkungen** der Registrierung eines Pfandrechts sind der Eintritt seiner Drittwirksamkeit (Art 2337 Abs 1, Art 2338 Cc) und die Bestimmung des Pfandrangs mit dem Registrierungsdatum (Art 2340 Cc).[1271] Darüber hinaus bestimmt Art 2337 Abs 3 Cc, dass sich Einzelrechtsnachfolger des Sicherungsgebers – zB ein Dritter, dem der Pfandbesteller die pfandverfangene Sache verkauft – nicht auf die *possession vaut titre*-Regel des Art 2276 Cc berufen können. Das Sachverfolgungsrecht des Pfandgläubigers ist also »stärker« als der Schutz eines gutgläubigen Erwerbers. Dieses Prinzip wird allerdings mit gutem Grund eng verstanden, nämlich im Ergebnis beschränkt auf den Rechtsnachfolger des im Register aufscheinenden Sicherungsgebers selbst. Wesentlicher Bezugspunkt

1265 Art 3 Abs 2 bzw 3 *décret* n° 2006-1804.

1266 Nämlich: der Name des Sicherungsgebers, die Kategorie des Sicherungsguts und die zuständige Gerichtskanzlei; vgl unten IV.C.2.e.(ii.).

1267 Vgl Art 4 *décret* n° 2006-1804. Am Rand *(marge)* des ursprünglichen *bordereau* wird auf die Modifikation verwiesen (Art 4 Abs 5). Ferner werden die Modifikationen der in Art 2 genannten Inhalte am Rand der bestehenden Eintragung publiziert (Art 5).

1268 Siehe den Leitfaden unter <https://www.infogreffe.fr/societes/referes-requetes/inscription-gage-sans-depossession.html>. Die genannten Kosten beziehen sich auf »Eintragungen« *(inscriptions),* worunter offenbar auch Änderungseintragungen fallen. Bestimmte Anmerkungen (zB Erneuerung, Subrogation) sind günstiger.

1269 Art 6 bzw 7 *décret* n° 2006-1804. Vgl auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 469 (n° 830); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 581 (n° 780).

1270 Art 8 *décret* n° 2006-1804. Vgl wieder *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 470 (n° 830); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 581 (n° 780).

1271 Zu diesen Aspekten bereits oben IV.C.2.d.(ii.).

des Registers ist ja nicht das konkrete Sicherungsobjekt, sondern stets die Person des Sicherungsgebers in Verbindung mit den von diesem vorgenommenen Pfandbestellungen: Eine Registerabfrage in Bezug auf den Verkäufer einer konkreten Sache kann also, sucht man unter dieser Person nach der entsprechenden Kategorie von Sicherungsobjekt, einen Hinweis auf eine bestehende Pfandbelastung auswerfen, wenn der Verkäufer selbst das Pfandrecht bestellt hat. Hat dieser jedoch die Sache bereits pfandbelastet von seinem Vormann erworben, liefert das Register hierzu keine Information. Daher gilt zwar ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Käufers vom registrierten Sicherungsgeber als gesperrt, nicht aber der Gutglaubenserwerb durch einen Abnehmer dieses Käufers, der bei seinem eigenen Vormann im Register keinen Hinweis auf eine Belastung der Sache finden kann.[1272]

(ii.) Abfrage und weitere Information

Einsicht in das Register steht **jedermann kostenlos** zu. Eine Authentifizierung des Nutzers ist nicht erforderlich. Die Abfrage erfolgt über eine Online-Eingabemaske, in die einerseits eine Kategorie von Sicherungsgegenständen und andererseits bestimmte Daten zur Person des Sicherungsgebers einzugeben sind. Es kann somit immer nur zu einem bestimmten Schuldner und einer bestimmten Kategorie gesucht werden.[1273] Nach einem bestimmten, beispielsweise durch eine Seriennummer individualisierbaren Gegenstand kann man das Register somit nicht durchsuchen. Will man ermitteln, an welchen Arten von Vermögenswert eine Person bzw ein Unternehmen überhaupt Pfandrechte begründet hat, muss man allein im *gage*-Register bis zu 17 Abfragen durchführen, was in punkto Benutzerfreundlichkeit in vielen Fällen wohl nicht optimal ist. Daneben muss klar sein, dass der Wert der über das Registersystem generierbaren Information von vornherein ein beschränkter ist. Denn Vermögen des Schuldners könnte darüber hinaus – zumindest in manchen Fällen – in Form eines oder mehrerer der auch nach der Reform von 2021 teilweise weiter bestehenden Spezialpfandrechte oder – in Bezug auf jeglichen Vermögenswert – in Form einer Sicherungs-*fiducie* belastet sein.

Wird eine Registerabfrage unter Eingabe der oben skizzierten Parameter durchgeführt, erhält der Abfrager eine von zwei möglichen Antworten: Ist die Suche erfolglos, wird die Auskunft erteilt, dass zu diesen Suchkriterien kein Eintrag vorhanden ist. Wenn hingegen auf den Namen des Sicherungsgebers Eintragungen über die angegebene Sachkategorie existieren, scheint eine Liste der entsprechenden Eintragungen auf. Für jedes Pfandrecht nennt das Register den **Namen des Sicherungsgebers**, die **Kategorie** des Sicherungsguts und jene **Gerichtskanzlei,** bei der die betreffende Eintragung vorgenommen worden ist. Hinsichtlich der

1272 Vgl *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 581 (n° 781).

1273 Vgl Art 9, 11 und 13 Abs 2 *décret* n° 2006-1804. Vgl auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 580 (n° 779).

ersten beiden Parameter – die ja mit den zu verwendenden Suchkriterien identisch sind – beschränkt sich der Informationswert auf die Bestätigung, dass diesbezüglich Eintragungen vorhanden sind. Die Angabe der zuständigen Gerichtskanzlei schließlich hat den Zweck, dass sich der Interessent damit auf eigene Kosten den **Bestand dieser Eintragungen** *(l'état de ces inscriptions)* **beschaffen** kann.[1274] Die Anforderung dieser Dokumente erfolgt ebenfalls elektronisch, indem die gewünschten Eintragungen in einen Warenkorb gelegt werden. Ihre Zustellung kann wahlweise postalisch oder elektronisch erfolgen. Um welche Dokumente es sich dabei handelt bzw welche Informationen diese im Einzelnen enthalten müssen, ist gesetzlich nicht näher geregelt. Das Dekret besagt lediglich, dass der auf Kosten des Abfragers zu übermittelnde Bestand der Eintragung(en) aus »Kopien oder Auszügen« besteht.[1275] In der Praxis wird dem Interessenten eine Art Zusammenfassung der Eintragungsdaten unter Anschluss von Kopien des bei der Registrierung vorzulegenden *bordereau* zur Verfügung gestellt.[1276] Damit erhält der Interessent neben der Beschreibung des Pfandgegenstands unter anderem Kenntnis vom Umfang der besicherten Verbindlichkeit, deren Fälligkeit und vom vereinbarten Zinssatz.[1277]

Bereits an dieser Stelle kann festgehalten werden, dass dieses Registersystem in einigen Punkten demjenigen, das zB in Article 9 UCC und Buch IX DCFR vorgesehen ist,[1278] relativ ähnlich ist: An die registerführende Stelle wird zwar nicht bloß eine *notice* über das (mögliche) Bestehen eines Sicherungsrechts übermittelt *(filed),* sondern der Pfandbestellungsvertrag im schriftlichen Original samt ausführlichen schriftlichen Informationen im erwähnten Formblatt. Man würde insofern also eher von *transaction filing* (da die gesamte Pfandbestellungsurkunde übermittelt wird) anstatt von *notice filing* sprechen. Die durch die Registerabfrage selbst erzielbare Information ist hingegen, was ihre Aussagekraft in Bezug auf die belasteten Gegenstände betrifft, eher ähnlich: Das französische *gage*-Register beschränkt sich auf die Bekanntgabe einer Sachkategorie, der DCFR auf Nennung

1274 Vgl zu all dem Art 12 *décret* n° 2006-1804.

1275 Art 13 Abs 3 *décret* n° 2006-1804.

1276 Über die Frage, auf welche Kopien bzw Auszüge das Dekret Bezug nimmt, scheint lange Zeit Unklarheit geherrscht zu haben. Im Zuge der Abfassung der Erstfassung dieser Schrift im Jahr 2014 konnte die Frage weder aufgrund von Angaben auf der einschlägigen Website, noch durch Literaturrecherche oder Befragung französischer Juristen abschließend geklärt werden. Die Standardliteratur geht auf die Art der Informationserteilung durch die Gerichtskanzleien auch heute noch nicht ein. Die einschlägige Website <https://www.infogreffe.fr/societes/documents-officiels/gage-sans-depossession.html> sowie Nachfragen bei Registrierungsbeamten (von denen die meisten allerdings ebenfalls erfolglos verliefen) bestätigen nun aber die im Text mitgeteilte Information.

1277 Diese Informationen sind im erwähnten Formblatt (FN 1259) auf derselben Seite anzuführen wie die Beschreibung des Sicherungsguts.

1278 Einführend zum Registersystem des DCFR unten V.A.2.d.; näher V.D., insbesondere V.D.2. Zu Article 9 UCC etwa *White & Summers,* Principles of Secured Transactions 79 ff.

einer Kategorie ergänzt – immerhin – um eine *minimum declaration as to the encumbered assets.*[1279] Im Ansatz gleich ist sodann die Idee, dass sich der Interessent zwecks Einholung näherer Informationen an eine dritte Stelle wenden muss. Während diese dritte Stelle im DCFR, wie in anderen *notice filing*-Systemen, der gesicherte Gläubiger ist,[1280] erfüllt diese Funktion im französischen System allerdings die zuständige Gerichtsstelle. Auch der Inhalt der zu erteilenden Auskunft ist unterschiedlich: Während sich der DCFR im Wesentlichen auf die Existenz eines Sicherungsrechts an bestimmten Gütern beschränkt,[1281] erhält der Abfrager in Frankreich zumindest de facto auch Informationen zur besicherten Forderung, insbesondere zu deren Höhe und Verzinsung. Ein aus Perspektive des Sicherungsgebers wesentlicher Unterschied besteht schließlich darin, dass nach dem Konzept des DCFR der Gläubiger zur Informationserteilung nur verpflichtet ist, wenn die Anfrage mit Zustimmung des Sicherungsgebers gemacht wird,[1282] wohingegen nach französischem Recht Detailauskünfte der Gerichtskanzlei – die, wie erwähnt, noch zusätzliche, grundsätzlich sensible Inhalte umfassen – an keinerlei Zustimmung des betroffenen Sicherungsgebers gebunden sind.

3. Sicherung durch Vollrechtsübertragung

Was die Kreditbesicherung durch Vollrechtsübertragung (Sicherungseigentum, Sicherungszession) betrifft, vollzieht das französische Recht – spät und zum Teil mit Schwankungen – eine dem niederländischen Recht entgegengesetzte Entwicklung: Auch hier greift der Gesetzgeber entscheidend ein. Adressat seines Eingreifens ist aber eine restriktive Haltung der Rechtsprechung, die er im Sinne einer ausdrücklichen Anerkennung der Vollrechtssicherheiten überwindet.

a. Sicherungsweise Übereignung von Fahrnis

Die dingliche Sicherung durch Übertragung des Eigentums an beweglichen körperlichen Sachen hat in Frankreich **bis in jüngste Vergangenheit keine Anerkennung** erfahren. Versuche hat es in der Praxis zunächst wohl gegeben: Aus dem ausgehenden 19. Jahrhundert sind – entsprechend der Entwicklung in anderen europäischen Ländern[1283] – Fälle überliefert, in denen versucht worden ist, dem starren Korsett des reinen Faustpfands durch Vereinbarung eines Verkaufs mit Rückkaufsrecht zu entgehen, wobei der Kaufgegenstand als Sicherungsgut beim

---

1279 IX.–3:308(d) iVm IX.–3:306(1)(b) und (c).
1280 IX.–3:319 DCFR; vgl ferner etwa § 9-210 UCC (die Nachforschung beim Gläubiger erfolgt hier allerdings über Anfrage durch den Schuldner).
1281 IX.–3:320, insbesondere Absätze (1) und (2).
1282 IX.–3.319(1).
1283 Vgl namentlich oben II.B.4. für Deutschland.

Verkäufer/Sicherungsgeber verblieben ist. Die Beurteilung ähnelt dem auch in Deutschland anfangs verbreitet herangezogenen Argumentationsmuster: Geprüft wird, ob im konkreten Fall tatsächlich ein Kaufgeschäft, oder vielmehr in Wahrheit eine (besitzlose) dingliche Sicherheit gewollt ist. Im zweiten Fall wird das Geschäft in Anwendung der Grundsätze über die Simulation nach seinem wahren Zweck als Pfandbestellung behandelt, deren Wirksamkeit jedoch am Faustpfandprinzip des Art 2076 aF Cc scheitert.[1284] Die Behandlung als Pfandrecht begegnet auch in späteren Judikaten zur Beurteilung publizitätsloser Sicherungsübereignungen, wenn das Sicherungsobjekt nach wirksamer Begründung der Sicherheit in Deutschland oder (vor 1992) in den Niederlanden nach Frankreich verbracht und dort etwa von einem dritten Gläubiger gepfändet wird. Zur Begründung der Unwirksamkeit nach französischem Recht wird nun zum Teil darauf verwiesen, dass die Sicherungsvereinbarung eine – nach Art 2078 Abs 2 aF Cc verbotene – Verfallsklausel *(pacte commissoire)* beinhalte, weshalb aus der Vereinbarung – und zwar aus der Sicherungsbestellung insgesamt (!) – in Frankreich keine Rechtsfolgen abgeleitet werden könnten.[1285]

An dieser ablehnenden Haltung hat sich bis zur Einführung der *fiducie* im Jahre 2007 nichts geändert.

b. *Sicherungszession*

Mehr Bewegung hat sich bei der sicherungsweisen Abtretung von Forderungen ergeben. Ausgangspunkt ist hier, dass nach einer bis 2016 für die Forderungsabtretung allgemein anwendbaren Regel (Art 1690 Cc) die Drittwirksamkeit der Übertragung eine förmliche Verständigung des Drittschuldners vorausgesetzt hat *(signification)*.[1286] Ob eine Forderungsabtretung zu Sicherungszwecken überhaupt

---

1284 So etwa im viel beachteten Fall Cass 11.3.1879, D 1879, 1, 401. Die Sicherungsfunktion ergab sich im konkreten Fall daraus, dass einerseits der Kaufpreis vergleichsweise niedrig bemessen, andererseits der als Mietzins für die zwischenzeitliche Nutzung der Sache veranschlagte Betrag für ein Mietentgelt unüblich hoch war und vielmehr einem Kreditzins für einen Darlehensbetrag in Höhe des Kaufpreises entsprach. Vgl hierzu auch *Coing,* Treuhand 32; *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 453.

1285 So etwa Cour cass (req) 24.5.1933, Rev crit dr int 1934, 142; Cass civ 1re 8.7.1969, JCP 1970 II, 16182 *(Gaudemet-Tallon).* Kritisch zu letzterer Entscheidung *Hübner,* Die Behandlung ausländischer besitzloser Mobiliarsicherheiten in Frankreich, JuS 1974, 151, der einerseits die Qualifikation als Pfandrecht mit Verfallsklausel ablehnt und zudem darauf hinweist, dass auch bei Annahme einer Verfallsabrede allenfalls diese selbst, nicht aber das Sicherungsrecht als solches für unwirksam erklärt hätte werden müssen (aaO 154 f). Vgl auch die Besprechung von *Patzel,* Zur Frage der Wirksamkeit eines deutschen Sicherungseigentums in Frankreich, DB 1970, 577.

1286 Art 1690 Cc ist nach wie vor in seiner Stammfassung von 1804 in Geltung, allerdings sind die Art 1689 ff Cc seit der großen Vertragsrechtsreform 2016 nicht mehr auf die Abtretung von »Forderungsrechten« anwendbar (vgl die Überschrift vor und den Wortlaut von Art 1689 idF der *ordonnance* n° 2016-131 vom 10.2.2016). Die nachfolgenden Hinweise beziehen sich auf die

wirksam vorgenommen werden kann, scheint längere Zeit umstritten gewesen zu sein.[1287] Entscheidende Bedeutung hat sie zunächst allerdings schon angesichts des genannten Anzeigeerfordernisses nicht erlangt.[1288]

Dies ändert sich mit einem Gesetz vom 2.1.1981, das zumindest für einen wichtigen Bereich, nämlich die Sicherung von Darlehensforderungen von Kreditinstituten durch »gewerbliche« Forderungen, die Abtretungsvoraussetzungen erheblich vereinfacht und zudem die Abtretung einer Mehrzahl von Forderungen gegenüber verschiedenen Schuldnern in einem Akt ermöglicht (sog ***cession Dailly***).[1289] Das darin vorgesehene Verfahren entspricht einer Mantelzession: Abgeschlossen wird zunächst grundsätzlich ein Rahmenvertrag. Die eigentliche Abtretung erfolgt dann durch Übergabe eines vom Zedenten unterschriebenen Forderungsverzeichnisses *(bordereau)* an den Gläubiger, in dem alle hiermit abzutretenden Forderungen mit näher determinierten Angaben verzeichnet sind (Art L313-23 CMF). Wirksam wird die Abtretung, und zwar zwischen den Parteien wie auch gegenüber Dritten, mit dem Datum, das der Gläubiger anlässlich der Übernahme der Forderungsliste auf dieser vermerkt.[1290] Eine Anzeige der Abtretung an den Drittschuldner ist nicht erforderlich; sie ist nur bzw erst geboten, wenn verhindert werden soll, dass der Schuldner schuldbefreiend an den Altgläubiger leistet.[1291]

Für die gegenständliche Untersuchung ist zweierlei festzuhalten: Erstens erkennt der französische Gesetzgeber mit der *cession Dailly* die Vollrechtsabtretung

Rechtslage vor dem 1.10.2016: Die Anzeige an den Drittschuldner musste schriftlich und durch einen Gerichtsvollzieher erfolgen (Art 651 ff Code de procédure civil). Alternativ bestand nach Art 1690 Abs 2 Cc die Möglichkeit eines schriftlichen Anerkenntnisses durch den Drittschuldner in notarieller Form (vgl Art 2075 aF Cc zum Forderungspfand). Hingegen wurde die in Art 1689 Cc erwähnte Übergabe der Schuldurkunde nicht als Abtretungsvoraussetzung verstanden; vielmehr wird hier die bloße Vollziehung des Zessionsvertrags angesprochen, ähnlich wie die Übergabe als Vollziehung beim Kauf von Fahrnis. Vgl *Ferid,* Französisches Zivilrecht I[1] 565, 568 (2 E 124, 126 f); *Biller,* Mobiliarsicherheiten 83.

1287 Für Nw siehe etwa *Biller,* Mobiliarsicherheiten 75, die vor den Reformen 2006 bzw 2007 einen Trend zur Anerkennung solcher »einfacher Sicherungsabtretungen« ausmacht.

1288 Im Handelsverkehr hat man sich zunächst mit einer Übertragung durch Wechselbegebung beholfen, die eine Anzeige entbehrlich machte. Vgl dazu *Mezger,* Das neue französische Gesetz über die erleichterte Mantelzession, RIW 1981, 213 (214).

1289 Benannt nach dem maßgeblichen Initiator des Gesetzes vom 2.1.1981 *facilitant le crédit aux entreprises,* Senator *Dailly.* Die maßgeblichen Bestimmungen finden sich heute – und zwar auch nach der jüngsten *sûretés*-Reform durch die *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 – in Art L313-23 ff CMF (sie gelten parallel auch für die Verpfändung gewerblicher Forderungen, vgl kurz oben IV.C.2.c. bei FN 1218). Hierzu etwa *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 638 ff (n° 682 ff); vgl auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 362 f (n° 662); Überblick in deutscher Sprache bei *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 146 ff; *Mezger,* RIW 1981, 213 (auch zur Genese).

1290 Art L313-27 Abs 1 CMF. Dass der Datumsvermerk vom Gläubiger (Zessionar) zu setzen ist, ist in Art L313-25 Abs 2 CMF vorgesehen und soll Falschdatierungen vorbeugen; zu letzterem Aspekt *Mezger,* RIW 1981, 213 (215).

1291 Art L313-28 und L313-29 CMF sehen hierzu nähere Bestimmungen über eine förmliche Untersagung der Zahlung an den Zedenten vor.

zu Sicherungszwecken an Forderungen (erstmals) ausdrücklich an. Grundlegende Bedenken etwa in Hinblick auf das pfandrechtliche Verbot von Verfallsklauseln, das wie gesehen die Anerkennung von Sicherungseigentum an Fahrnis (mit) verhindert hat, sind offensichtlich nicht aufgekommen.[1292] Zweitens fordert das Gesetz für die Drittwirksamkeit keine nennenswerte Publizität: Maßgebend ist allein die Übergabe eines Forderungsverzeichnisses vom Sicherungsgeber an den gesicherten Gläubiger. Für Dritte ergibt sich hieraus keinerlei Erkennbarkeit der begründeten Belastung. Daran ändert auch die notwendige Beachtung bestimmter formeller und inhaltlicher Anforderungen an das Verzeichnis nichts. Allenfalls lassen sich dadurch ex post Konflikte konkurrierender Prätendenten mit größerer Verlässlichkeit klären; einem bis dahin ahnungslosen Dritten ist damit natürlich in vielen Fällen nicht gedient.[1293]

Umso erstaunlicher – jedenfalls von außen betrachtet – wirkt angesichts dieser Entwicklungen die offenbar erste unmittelbare höchstgerichtliche Beurteilung einer **Sicherungszession nach allgemeinen Regeln,** also außerhalb des Anwendungsbereichs der *cession Dailly,* nach Einführung dieses Sondergesetzes: Im Jahr 2006 hat die Cour de cassation eine solche »einfache« Sicherungszession nämlich für unwirksam erklärt, wobei der Fall noch der »alten« Rechtslage vor der aus dem selben Jahr datierenden Reform unterliegt.[1294] Der darin vertretene Ansatz führt nämlich quasi zurück zu jener Argumentation, mit der jahrzehntelang die (publizitätslose) Sicherungsübereignung beweglicher körperlicher Sachen ausgeschaltet worden ist: Außerhalb der im Gesetz besonders geregelten Fälle (dh der *cession Dailly)* begründe die Vereinbarung einer sicherungsweisen Forderungsabtretung ein Pfandrecht an der betreffenden Forderung. Im Übrigen

1292 Dies überrascht jedenfalls insofern nicht, als sich die bei Fahrnissicherheiten bestehenden Bedenken hinsichtlich der Wertbemessung beim Verfall nicht auf Geldforderungen übertragen lassen. Siehe jedoch zur späteren Rsp alsbald vor FN 1297.

1293 Es sei hier nicht behauptet, dass das Modell der *cession Dailly* für einen interessierten Dritten schlechthin wertlos wäre. Um sich einen halbwegs validen Überblick über verfügbare »gewerbliche« Forderungen eines Unternehmens zu verschaffen, müssen allerdings Nachforschungen bei den Abtretungsgläubigern vorgenommen werden, was voraussetzt, dass sämtliche solche Gläubiger bekannt sind und diese auch – wozu sie ja keine unmittelbare Pflicht trifft – bereit sind, vollständig Auskunft zu geben. Zudem müssen diese Auskünfte inhaltlich richtig sein.

1294 Siehe Cass com 19.12.2006, n° 05-16.395, Bull civ 2006 IV, n° 250; glossiert etwa von *Crocq,* L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie, RTDciv 2007, 160. Bestätigt wird die in dieser E vorgenommene Umdeutung in ein Pfandrecht (dazu sogleich im Text) in der ebenfalls zur Rechtslage vor der Reform 2006 ergangenen E Cass com 26.5.2010, n° 09-13.388, Bull civ 2010 IV, n° 94; besprochen bei *Crocq,* Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à execution successive! RTDciv 2010, 597. Aus dieser zweitgenannten E kann allerdings gefolgert werden, dass das umqualifizierte Sicherungsrecht dem Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners ein alleiniges Einziehungsrecht verschafft (vgl *Crocq* aaO). Kritisch zu dieser Rsp *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 365 f (n° 665). – Aus der deutschsprachigen Literatur hierzu insbesondere *Biller,* Mobiliarsicherheiten 75 ff.

begnügt sich das Gericht mit einem kurzen Verweis auf die folglich anzuwendenden Art 2075 und 2078 (jeweils aF) Cc. Gemeint ist offenbar, dass Drittwirksamkeit die Verständigung des Schuldners zur Voraussetzung hat (Art 2075 aF Cc),[1295] und vor allem, dass die vereinbarte Sicherheit am Verbot der Verfallsklausel nach Art 2078 Abs 2 aF Cc scheitern muss.[1296] Damit macht die Cour de cassation das Verbot der *lex commissoria* zu einem Zeitpunkt, in dem dieses (für Neufälle) bereits aufgehoben ist,[1297] nochmals zum Sargnagel einer Sicherung mittels Vollrechtsübertragung.

Mit der jüngsten **Reform von 2021** hat die »allgemeine« Sicherungszession nun in den Art 2373 bis 2373-3 Cc eine **ausdrückliche Regelung** und Anerkennung erfahren. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers ist es, die bestehende Rechtsunsicherheit aufgrund der referierten Judikatur zu überwinden. Die *cession Dailly* bleibt daneben bestehen und dient in einigen Regelungsaspekten als Vorbild, ebenso die *fiducie-sûreté.*[1298] Im Wesentlichen ist vorgesehen, dass Forderungen aufgrund eines Abtretungsvertrags iSd allgemeinen Zessionsregeln der Art 1321 bis 1326 Cc zur Sicherung einer Verbindlichkeit abgetreten werden können (Art 2373 Cc). Aus dem Verweis auf die – im Zuge der Vertragsrechtsreform von 2016[1299] neu gefassten – allgemeinen Zessionsbestimmungen ergibt sich insbesondere, dass der Abtretungsvertrag bei sonstiger Nichtigkeit der Schriftform bedarf (Art 1322 Cc) und dass der Übergang der Forderung, sei diese gegenwärtig oder zukünftig, mit Wirkung zwischen den Parteien wie auch gegenüber Dritten sofort mit dem Vertragsschluss eintritt (Art 1323 Cc). Eine Registrierung oder ein vergleichbarer Publizitätsakt ist also, wie bei der *cession Dailly,* weiterhin nicht vorgesehen. Der Publizitätsgedanke spielt auch in den Erläuterungen im Legislativverfahren keinerlei Rolle.[1300] Die weiteren Bestimmungen im Code civil beschränken sich auf generelle Vorgaben zur Spezialität der gesicherten und der abzutretenden Forderungen (Art 2373-1 Cc),[1301] zu Zahlungen an den Zessionar (Art 2373-2 Cc) und zum automatischen Rückerwerb der übertragenen Forderungen bei Zahlung der gesicherten Forderung (Art 2373-3 Cc).

1295 Insoweit gilt allerdings nach allgemeinen Zessionsregeln ohnehin nichts grundlegend Anderes, vgl oben bei FN 1286.

1296 Vgl *Crocq,* RTDciv 2007, 160 (162 f).

1297 Siehe unten IV.C.5.

1298 Vgl die Erläuterungen im *Rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 10 (zu Art 11).

1299 Durch *ordonnance* n° 2016-131 vom 10. 2. 2016.

1300 Vgl nochmals *Rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 10 (zu Art 11).

1301 Gemäß Art 2373-1 Abs 2 Cc muss der schriftliche Abtretungsvertrag, wenn es sich um zukünftige Forderungen handelt, deren Individualisierung erlauben oder Elemente enthalten, die diese ermöglichen, wie etwa die Angabe des Schuldners, des Zahlungsorts, den Betrag der Forderung oder deren Berechnung sowie gegebenenfalls deren Fälligkeit. In der Sache entspricht diese beispielhafte Aufzählung den Anforderungen beim Forderungspfand (Art 2356 Cc) und bei der *cession Dailly* (Art 313-23 Abs 3 Z 4 CMF).

c. *Sicherungsübertragung nach Einführung der fiducie 2007*

(i.) Allgemeines

Als erster großer Wendepunkt in Bezug auf die Anerkennung sicherungsweiser Vollrechtsübertragungen muss die bereits angesprochene zweite große Reform im Bereich des französischen Mobiliarsicherungsrechts gelten: Mit Gesetz n° 2007-211 vom 19.2.2007 wird ein **allgemeines Rechtsinstitut der Treuhand *(fiducie)*** neu eingeführt und in den Art 2011 bis 2030 Cc verankert. Diese kann auch für Sicherungszwecke verwendet werden. Für diesen Bereich der Sicherungstreuhand werden mit *ordonnance* n° 2009-112 vom 30.1.2009 ergänzende Bestimmungen in Art 2372-1 bis 2372-5 Cc erlassen. Die *fiducie* wird in Art 2011 Cc allgemein definiert als ein Rechtsgeschäft, bei dem ein oder mehrere Begründer *(constituants)* gegenwärtige oder zukünftige Sachen, Rechte oder Sicherungen, oder eine Gesamtheit solcher Vermögenswerte, einem oder mehreren Treuhändern *(fiduciaires)* übertragen, die, indem sie diese Vermögenswerte von ihrem eigenen Vermögen abgesondert halten, zu einem bestimmten Zweck zugunsten eines oder mehrerer Nutznießer *(bénéficiaires)* handeln. Die Bildung eines abgesondert zu haltenden Sondervermögens lässt eine deutliche – wenngleich nicht vollständige – Orientierung am anglo-amerikanischen *trust* erkennen. Primär hatte man ursprünglich wohl eher die Nutzung als Verwaltungstreuhand denn als Sicherungstreuhand im Blick; mit den erwähnten Ergänzungsbestimmungen aus 2009 wurde insoweit allerdings nachgebessert. In konstruktiver Hinsicht ist zu beachten, dass bei der Nutzung zu Sicherungszwecken das grundlegende Dreipersonen-Modell auf zwei Personen reduziert wird.[1302]

Der **Anwendungsbereich** der Sicherungstreuhand ist in vielerlei Hinsicht recht weit: Sie kann an jeglichem Sicherungsgut – vgl den oben referierten Wortlaut des Art 2011 Cc – für jegliche Forderung begründet werden; Treugeber kann letztlich jede natürliche oder juristische Person sein, sofern sie einer steuerlichen Überprüfung unterzogen werden kann. Stark eingeschränkt ist der persönliche Anwendungsbereich der neuen Regelungen allerdings hinsichtlich der Person des Treuhänders (Sicherungsnehmers): In dieser Funktion können nur bestimmte Kreditinstitute, Dienstleistungs-, Beteiligungs- und Versicherungsunternehmen

1302 Dabei wird die Stellung des Begünstigten/Nutznießers gleichsam aufgespalten: Der Sicherungsnehmer/Treuhänder ist insoweit Begünstigter, als ihm eine Sicherheit bestellt wird. Der Sicherungsgeber/Treugeber ist insoweit begünstigt, als er die Sache nach Befriedigung des Sicherungsnehmers zurückbeanspruchen kann. Nach Art 2016 Cc ist dies zulässig: Die Funktion des Begünstigten kann auch vom Treugeber oder Treuhänder ausgeübt werden; siehe insoweit *Fix,* Fiducie-sûreté 9 ff; *Biller,* Mobiliarsicherheiten 24 f. Zum bisher Ausgeführten vgl allgemein auch *Szemjonneck,* ZEuP 2010, 563 (566 ff, 571, 576 f); vgl auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 373 ff (n° 674 ff); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 645 (n° 863 f).

sowie Rechtsanwälte tätig werden (Art 2015 Cc); gemeinsam ist den genannten Unternehmenstypen, dass sie staatlicher Aufsicht unterliegen. Hinter diesen Beschränkungen steht eine im Gesetzgebungsprozess verbreitete Besorgnis vor einer möglichen Begünstigung von Steuerflucht und Geldwäsche. Diese Bedenken mag man bei der Verwaltungstreuhand allenfalls nachvollziehen; bei der Sicherungstreuhand muten die Einschränkungen sachlich kaum gerechtfertigt an.[1303] Dennoch: Angesichts der zahlreichen, in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich eng begrenzten Spezialgesetze, die bei einer Besicherung mittels Pfandrechten zu beachten wären, schafft die Sicherungs-*fiducie* mit ihrem für Forderungen bzw Fahrnis grundsätzlich einheitlichen Regelungsregime erstmals einen Rahmen für die Belastung verschiedener Vermögenswerte unter einem einheitlichen Sicherungsrecht.

(ii.) Begründung der Sicherungstreuhand einschließlich Registrierung

1. Die praktische Tauglichkeit der *fiducie* als Sicherungsinstrument hängt maßgeblich von den Voraussetzungen ihrer Begründung und ihrer Wirksamkeit gegenüber Dritten ab. Erforderlich ist zunächst ein – grundsätzlich **privatschriftlicher – Errichtungsvertrag**, der bei sonstiger Nichtigkeit bestimmte gesetzlich festgelegte Mindestinhalte aufweisen muss; darunter die Identität der beteiligten Personen, die Dauer des Treuhandverhältnisses (maximal 99 Jahre), der Treuhandauftrag samt Verwaltungs- und Verfügungsrechten sowie insbesondere die ins Treuhandvermögen übertragenen Vermögenswerte. Wenn es sich dabei um zukünftige Vermögenswerte handelt, müssen diese bestimmbar sein (Art 2018 Cc). Bei der Sicherungstreuhand muss zudem die besicherte Forderung[1304] aufgenommen werden (Art 2372-2 Cc).[1305]

1303 Vgl nochmals *Biller,* Mobiliarsicherheiten 25 ff. Vgl auch *Szemjonneck,* ZEuP 2010, 563 (569 f sowie 564 ff zum Gesetzgebungsprozess); *Fix,* Fiducie-sûreté 11 f.

1304 In diesem Bereich hat sich zur Rechtslage ab 2009 offenkundig eine gewisse Rechtsunsicherheit ergeben. *Biller,* Mobiliarsicherheiten 30 und *Fix,* Fiducie-sûreté 122 f hielten die Besicherung künftiger Forderungen unter der Voraussetzung ihrer Bestimmbarkeit für zulässig; *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 648 f (n° 693) merkten zur Angabe der gesicherten Forderung an, dieses Erfordernis schließe die Vereinbarung einer globalen Besicherung aller Forderungen *(fiducie omnibus)* aus. Mit der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 hat der Gesetzgeber reagiert und in einem neuen Art 2372-1 Abs 2 Cc klargestellt, dass die gesicherte Verbindlichkeit »gegenwärtig oder zukünftig« sein kann; »im letzteren Fall muss sie bestimmbar sein«.

1305 Überblick zur Rechtslage vor der Reform 2021 bei *Szemjonneck,* ZEuP 2010, 563 (571 ff); *Biller,* Mobiliarsicherheiten 28 ff; vgl auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 646 (n° 866); *Fix,* Fiducie-sûreté 14 f sowie zur sachenrechtlichen Übertragungswirkung des *contrat de fiducie Fix* aaO 16 ff, 29 ff. Mit der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 wurde in Art 2372-2 Cc die zusätzliche Voraussetzung, dass der Treuhandvertrag auch den geschätzten Wert des Sicherungsguts angeben müsse, gestrichen.

2. Ebenfalls bei sonstiger Unwirksamkeit sind der Treuhandvertrag und allfällige Nachträge hierzu innerhalb eines Monats ab Vertragsschluss in ein spezielles **Register** einzutragen (Art 2019 Abs 1 Cc).[1306] Dieses ist aber nicht etwa mit dem beim Fahrnispfand erwähnten *gage*-Register identisch; vielmehr wurde ein eigenes elektronisch geführtes nationales Treuhandregister *(registre national des fiducies)* geschaffen, das von den Finanzbehörden geführt wird.[1307] Dieses Register erfüllt **keinerlei Publizitätszweck;** folgerichtig sieht das Gesetz auch keine unmittelbare Verknüpfung der Eintragung mit dem Eintritt der Drittwirksamkeit vor.[1308] Vielmehr bezweckt das zentrale Register allein die effektive Kontrolle von Treuhandverträgen zur Erleichterung der Bekämpfung von Steuerhinterziehung, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.[1309] Demgemäß steht ein Einsichtsrecht in das Register auch nur bestimmten Finanz, Zoll-, Justiz- und Strafverfolgungsbehörden zu.[1310] Und selbst wenn das Register öffentlich zugänglich wäre, bliebe sein Informationswert aufgrund der dort einzutragenden Tatsachen gering. Einzutragen sind nämlich im Wesentlichen nur Daten zur Identifikation der beteiligten Parteien; Datum und Nummer der Eintragung des Treuhandvertrags und seiner Änderungen samt Identifikation des zuständigen Finanzamts; sowie Angaben zum »Grundbuchseintrag« *(publicité foncière)* im Fall der Belastung von Liegenschaften.[1311] Mit Ausnahme des letztgenannten Aspekts enthält das *fiducie*-Register somit keinerlei Angaben zur auch nur ansatzweisen Konkretisierung des Sicherungsguts.

3. Für die **Drittwirksamkeit** der Sicherungstreuhand müssen daher andere Kriterien maßgeblich sein. Für einen Teilbereich regelt das Gesetz diese Frage

1306 Die in Art 2019 Abs 3 Cc innerhalb derselben Frist angeordnete Registrierung eines schriftlichen Dokuments über die Übertragung von Rechten, die sich aus dem Treuhandvertrag ergeben, bezieht sich hingegen offensichtlich auf die (spätere) Übertragung von Rechten an den Begünstigten.

1307 Art 2020 Cc iVm Dekret 2010-219 vom 2.3.2010.

1308 Sehr wohl aber verliert die Treuhandvereinbarung jegliche Wirkung einschließlich ihrer Wirkung gegenüber Dritten, wenn sie nicht wie erwähnt binnen eines Monats registriert wird (Art 2019 Abs 1 Cc). Vgl allgemein auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 381 (n° 685); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 646 (n° 867); im Einzelnen *Fix,* Fiducie-sûreté 203 f, 217 ff.

1309 Art 1 Abs 2 Dekret 2010-219. Auch hier wird die offenbar primäre Ausrichtung des Gesetzgebungsprojekts auf die Verwaltungstreuhand deutlich; vgl etwa *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 448 (n° 784); *Fix,* Fiducie-sûreté 216 f.

1310 Geregelt ursprünglich in Art 4, 5 Dekret 2010-219. Diese Bestimmungen wurden mittlerweile aufgehoben (Art 16 *décret* n° 2020-118 vom 12.2.2020). Siehe nunmehr Art L167 *Livre des procédures fiscales* und die Ausführungsbestimmungen in *décret* n° 2021-1127 vom 27.8.2021 *relatif aux modalités de consultation des informations contenues dans les registres des trusts et des fiducies.*

1311 Siehe im Einzelnen Art 2 Z 1–4 Dekret 2010-219. Die Angaben zur Verbücherung korrespondieren mit Art 2019 Abs 2 Cc, wonach im Fall der Einbeziehung unbeweglicher Sachen oder darauf bezogener dinglicher Rechte bei sonstiger Nichtigkeit deren Publizierung nach den einschlägigen Grundbuchsregeln erforderlich ist. Zur Immobiliarpublizität ausführlich *Fix,* Fiduciesûreté 204 ff.

explizit: Gemäß Art 2018-2 Cc wird die Abtretung von **Forderungen** im Rahmen der *fiducie* **mit dem Datum des Vertrags** drittwirksam. Lediglich die Wirkung gegenüber dem Drittschuldner setzt dessen Verständigung voraus. Die Regel folgt damit der entsprechenden Bestimmung zum Forderungspfand.[1312] Auf Publizität im klassischen Sinne wird somit (auch) hier endgültig verzichtet.

Weniger eindeutig ist die Rechtslage bei der Sicherungsübereignung von **beweglichen körperlichen Sachen.** Praktisch relevant ist dabei insbesondere die Frage, ob mit der grundsätzlichen Anerkennung der *fiducie* als Sicherungsinstrument im Code civil nun auch eine sicherungsweise Übereignung – wie nach deutschem Recht – **ohne Besitzaufgabe** zulässig und auch drittwirksam ist. Diese Frage ist in ersten Stellungnahmen im deutschen Schrifttum teils bejaht,[1313] teils als zweifelhaft eingeschätzt worden.[1314] Auch die französische Literatur ist uneinheitlich.[1315] Für die Zulässigkeit einer solchen publizitätslosen Sicherungs-*fiducie* an Fahrnis wird einerseits die allgemeine Regel zur Eigentumsübertragung ins Treffen geführt,[1316] der zufolge das Eigentum an einer individuell bestimmten beweglichen Sache ohne weiteres mit Abschluss des (Kauf- bzw hier eben Treuhand-)Vertrags auf den Erwerber übergeht (Art 1138 aF bzw nunmehr Art 1196 Abs 1, 1583 Cc). Nach heute wohl hA wirkt dieser Eigentumserwerb *solo consensu* auch gegenüber Dritten, soweit nicht eine gesetzliche Sonderregel Abweichendes vorsieht (wie Art 1141 aF Cc bzw nunmehr Art 1198 Abs 1 Cc zugunsten eines gutgläubigen Zweitkäufers oder nach der *possession vaut titre*-Regel des Art 2076 Cc gegenüber einem gutgläubigen Sacherwerber). Der Eigentumserwerb durch bloßen Vertragsschluss kann demgemäß insbesondere den Gläubigern des Veräußerers (hier: des Sicherungsgebers) bei nachfolgender Einzelzwangsvollstreckung oder Insolvenz entgegengehalten werden.[1317] Zum Zweiten räumt Art 624-16 Abs 1 Ccom dem Treuhänder ausdrücklich das Recht der »Vindikation« von beweglichen Gütern ein, die in ein Treuhandvermögen übertragen worden sind, während der

---

1312 Vgl *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 649 (n° 694); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 646 (n° 867); *Fix,* Fiducie-sûreté 220 ff.

1313 Für Zulässigkeit der publizitätslosen Sicherungsübereignung nach *fiducie*-Grundsätzen insbesondere *Biller,* Mobiliarsicherheiten 30 ff, 60 f, 103 und passim; siehe auch *Fix,* Fiducie-sûreté 218 ff.

1314 So *Szemjonneck,* ZEuP 2010, 563 (574 f, 585 f), der es für denkbar hält, dass die französischen Gerichte ihre restriktive Haltung gegenüber Sicherungseigentum ohne Besitzaufgabe beibehalten könnten.

1315 Vgl die Nw zum nachfolgenden Text.

1316 So etwa bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 61; *Fix,* Fiducie-sûreté 218 ff; vgl grundsätzlich auch *Szemjonneck,* ZEuP 2010, 563 (574).

1317 Vgl etwa *H. Mazeaud/L. Mazeaud/J. Mazeaud,* Leçons de droit civil II[3] (1966) 1308 (n° 1624); *Planiol/Ripert/Picard,* Traité pratique de droit civil français III: Les biens[2] (1952) 630 (n° 621); *Terré/Simler,* Droit civil – Les biens[8] (2010) 326 (n° 409, FN 3). Näher *Costa/W. Faber,* Die Eigentumsübertragung mit Vertragsabschluss beim Kauf beweglicher Sachen im französischen und belgischen Recht, ZfRV 2010, 260 (263 f) mwN, dort 262 ff auch zu abweichenden Auffassungen.

(nunmehrige Insolvenz-)Schuldner die Nutzung in seiner Eigenschaft als Treugeber behielt.[1318] Freilich kann nach Art 622-23-1 Ccom die Verwertung von Sicherungsgut, das gemäß der Parteienvereinbarung in der Nutzung des Schuldners geblieben ist, während der Beobachtungsperiode eines *sauvegarde*-Verfahrens (einer Art Sanierungsverfahren) in bestimmten Fällen gehemmt sein.[1319] Auch behält der Insolvenzverwalter gemäß ausdrücklicher Anordnung in Art 622-13 Abs VI Ccom das Recht zur Fortführung eben jener Vereinbarung,[1320] vermöge derer der Sicherungsgeber die Nutzung des Treuguts behalten kann. Daher ist nicht sicher, ob diese Vereinbarung über die weitere Nutzung durch den Treugeber tatsächlich beendet wird, wenn der Gläubiger die Herausgabe des Sicherungsguts verlangt.[1321] Auch diese Bestimmungen setzen die grundsätzliche Wirksamkeit einer besitzlosen Sicherungs-*fiducie* an Fahrnis aber offenkundig voraus.[1322]

Gleichwohl wird in der jüngeren französischen Literatur zuweilen vertreten, dass die *fiducie-sûreté* an beweglichen körperlichen Sachen zur Wirksamkeit gegenüber Dritten überhaupt der Übergabe des Sicherungsguts bedürfe.[1323] Andere äußern sich zumindest dahingehend, dass sich die *fiducie* jedenfalls de facto nicht

---

1318 *Szemjonneck,* ZEuP 2010, 563 (575, 585); erwähnt auch bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 31.

1319 Gemäß Art 622-23-1 Ccom sind im Fall einer solchen *fiducie* Übertragungen von Treugut zugunsten des Treuhänders oder eines Dritten aufgrund der Eröffnung eines solchen Verfahrens, wegen des Beschlusses eines Sanierungsplans oder wegen Verzugs mit der Zahlung einer nach Verfahrenseröffnung entstandenen Forderung unwirksam.

1320 Als eines »laufenden Vertrags« *(contrat en cours),* vergleichbar mit dem beidseitig nicht voll erfüllten Vertrag iSd § 21 der österreichischen IO. Die diesbezüglichen Rechte des Insolvenzverwalters im erwähnten *sauvegarde*-Verfahren sind insbesondere in besagtem Art 622-13 Ccom geregelt.

1321 Zu diesen Konsequenzen der Art 622-23-1 und Art 622-13 Abs VI Ccom (beide idF der *ordonnance* n° 2008-1345 vom 18.12.2008) siehe *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 452 (n° 792); *Fix,* Fiducie-sûreté 280 ff; dort jeweils auch zu weiteren Konsequenzen im *sauvegarde*-Verfahren. Im Fall der insolvenzrechtlichen Liquidation gelten diese Beschränkungen nicht mehr; näher *Aynès/Crocq* aaO 452 f (n° 793); *Fix,* Fiducie-sûreté 283 f. – Zu Art 622-13 Abs VI Ccom aA *Biller,* Mobiliarsicherheiten 49 f, die die Wahlmöglichkeit des Insolvenzverwalters auf den Treuhandvertrag selbst (und nicht auf die Vereinbarung über die Nutzungsüberlassung) bezieht und nur die Verwaltungs-, nicht aber die Sicherungstreuhand als »laufenden Vertrag« versteht. Sie geht daher davon aus, dass die Überlassung stets endet, wenn der Sicherungsfall eintritt.

1322 Alle drei genannten sanierungsrechtlichen Bestimmungen (Art 624-16 Abs 1, 622-23-1 und 622-13 Abs VI Ccom) gelten ihrem Wortlaut nach für Treuhandverhältnisse unter verabredungsgemäßer Belassung des Treuguts beim Treuhänder im Allgemeinen, ohne zwischen Sicherungstreuhand und Verwaltungstreuhand zu differenzieren. Sie werden auch in diesem umfassenden Sinne verstanden; vgl etwa *Aynès/Crocq* aaO in FN 1321; *Fix,* Fiducie-sûreté 278 ff.

1323 So mit Verweis auf die allgemeinen Regeln des Privatrechts (vgl demgegenüber freilich oben bei FN 1317) *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 649 (n° 694). Kritisch zum gegenwärtigen Rechtszustand aufgrund des Fehlens einer Publizitätslösung für Fahrnis *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 393 (n° 704), die in rechtspolitischer Hinsicht zwei Lösungen zur Diskussion stellen: Man könne entweder die Publiziätsvoraussetzungen für das Fahrnispfand (Übergabe oder Registrierung) auch für die Sicherungstreuhand vorschreiben; oder das Treuhandregister selbst in ein solches umgestalten, das Publizitätszwecken dient.

für die Besicherung von Fahrnis ohne Besitzaufgabe eigne, da sie dem Gläubiger zu wenig Sicherheit biete. Für letztere Auffassung wird – neben den oben erwähnten sanierungsrechtlichen Beschränkungen – beispielhaft etwa auf das für den Gläubiger bestehende Risiko hingewiesen, ein gutgläubiger Dritterwerber könne diesem die *possession vaut titre*-Regel des Art 2276 Cc entgegenhalten.[1324] Auch wird zu bedenken gegeben, dass bei Zulassung einer völlig publizitätslosen Sicherungs-*fiducie* die vom französischen Gesetzgeber eben erst geschaffenen Bestimmungen über die Drittwirksamkeit von Pfandbestellungen mittels Eintragung in das *gage*-Register ihres Anwendungsbereichs praktisch gleichsam beraubt würden, was so nicht gewollt sein werde.[1325]

Nahe läge – zumindest aus rechtsvergleichender Außensicht[1326] – darüber hinaus, jene Maßstäbe und Kriterien anzulegen, die bereits vor Jahrzehnten zur Unwirksamkeit publizitätsloser Sicherungskaufgeschäfte und danach zur Nichtanerkennung von aus Deutschland und anderen Staaten importiertem, publizitätslosem Sicherungseigentum geführt haben.[1327] Auch wenn die Bedenken in Hinblick auf einen vermeintlichen Verstoß gegen das Verbot von Verfallsvereinbarungen nunmehr entfallen müssen,[1328] hat sich am ebenfalls relevierten Konflikt mit den zwingenden pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften im Grunde nichts Wesentliches geändert: Beim Pfand haben sich lediglich neben der Gewahrsamsübertragung alternative Publizitätsformen etabliert, die durchwegs die Eintragung der Verpfändung in einem öffentlich zugänglichen Register vorsehen. Gerade ein solches Register besteht für die *fiducie* nicht.[1329] Die offensichtliche Diskrepanz zwischen den angelegten Maßstäben bleibt, nimmt man für die Sicherungs-*fiducie* an Fahrnis grundsätzlich publizitätslose Drittwirksamkeit an, praktisch unverändert bestehen.

Dennoch haben sich im normativen Umfeld einige bedeutende Änderungen ergeben: Nicht nur ist die *fiducie,* auch zu Sicherungszwecken, zum gesetzlich ausdrücklich anerkannten Geschäftstypus avanciert.[1330] Insbesondere aber existieren

---

1324 So *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 448 (n° 784), die aufgrund dieser Überlegung zum Schluss kommen, in Bezug auf bewegliche körperliche Sachen sei lediglich eine Sicherungs-*fiducie* mit Gewahrsamsübertragung praktisch vorstellbar. Die grundsätzliche Möglichkeit einer publizitätslosen Sicherungs-*fiducie* an Fahrnis stellen diese Autoren allerdings nicht in Abrede; vgl im Kontext von FN 1321. Ähnlich *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 646 (n° 867). Zum Risiko eines gutgläubigen Wegerwerbs auch *Fix,* Fiducie-sûreté 219.

1325 *Szemjonneck,* ZEuP 2010, 563 (585 f).

1326 In der konsultierten Standardliteratur spielen die folgenden Aspekte nur eine geringe Rolle. Vgl aber in FN 1323.

1327 Vgl oben IV.C.3.a.

1328 Zum Wegfall des Verbots der *lex commissoria* durch die Reform 2006 siehe unten IV.C.5.

1329 Kritik in diese Richtung bei *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 393 (n° 704); siehe in FN 1323.

1330 Damit wird man nicht mehr argumentieren können, dass Parteien, die eine publizitätslose Sicherungs-*fiducie* vereinbaren, »in Wahrheit« die Schaffung eines besitzlosen Pfandrechts

nun Normen im Sanierungsrecht, die eine grundsätzliche Wirksamkeit der publizitätslosen Sicherungs-*fiducie* klar voraussetzen; und zwar auch deren Wirksamkeit gegenüber Dritten, dienen sie doch vielfach gerade dazu, diese Wirkung zugunsten des Insolvenzverwalters zwecks Ermöglichung einer Sanierung wieder einzuschränken. In diese Richtung, nämlich in Richtung Insolvenz- bzw Sanierungsrecht, hat sich offensichtlich zu einem Gutteil auch die zu unserer Frage vorgetragene Argumentation verlagert. Sie weist einerseits auf die erwähnte grundsätzliche Anerkennung, andererseits auf eine bewusste Schlechterstellung der Gläubigerposition bei der Sicherungs-*fiducie* dann hin, wenn das Sicherungsgut aufgrund einer Vereinbarung zwischen Treuhänder und Treugeber bei Letzterem verbleibt.[1331] Diese Schlechterstellung erfolgt allerdings offenbar nicht aus prinzipiellen Erwägungen, sondern wie angedeutet mit dem rechtspolitischen Ziel, die im Betrieb des Schuldners belassenen beweglichen Sachen – typischerweise Betriebsmittel im weiteren Sinne – dem Schuldner zur Fortführung seiner operativen Tätigkeit weiter zur Verfügung zu stellen und damit eine Sanierung des Unternehmens zu ermöglichen. (Erst) dieses Ziel bringt es mit sich, dass im Ergebnis eine gewisse Diskrepanz im »Sicherungswert« zwischen einer publizitätslosen Sicherungstreuhand einerseits und einer solchen mit Besitzübertragung an den Gläubiger (oder einem Pfandrecht mit Besitzübertragung an den Gläubiger) andererseits verbleibt. Die Besicherung durch Vollrechtsübertragung wird insoweit also nicht generell benachteiligt. Vielmehr erweist sich die Position des Gläubigers bei der besitzlosen Sicherungs-*fiducie* im Ergebnis als im Wesentlichen gleichwertig mit jener bei einem Pfandrecht ohne *dépossession.* Auch bei einem solchen ist während eines Sanierungsverfahrens die Realisierung wie erwähnt ausgesetzt und kann der Gläubiger die Weiternutzung des Sicherungsguts durch den Schuldner in dieser Phase nicht verhindern.[1332]

---

bezweckten, um auf diesem Wege zur Anwendung von Pfandregeln zu gelangen, wie dies in der Rsp früher der Fall war (oben IV.C.3.a.).

1331 Verwiesen sei nochmals auf *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 452 f (n° 791 ff). Die nachfolgende Diskussion bezieht sich in erster Linie auf Art 622-23-1 und 622-13 Abs VI Ccom (vgl oben bei FN 1319 ff).

1332 Vgl oben IV.C.2.d.(ii.) aE. Die dort angesprochene Regelung des Art L622-7 I Abs 3 Ccom, welche während des Sanierungsverfahrens die Realisierung einer Verfallsklausel untersagt, entspricht dabei funktional Art L622-23-1 Ccom, der bei der besitzlosen *fiducie* dem Gläubiger, der in diesem Fall ja bereits Eigentümer ist, die Verwertung verwehrt. Eines Pendants zu Art L622-13 VI (Befugnis des Insolvenzverwalters, die Vereinbarung, vermöge derer die in eine Sicherungstreuhand übertragene Sache beim Schuldner verbleiben soll, fortzusetzen) bedarf es beim besitzlosen Pfandrecht wohl nicht, da hier von vornherein nicht mit einer derartigen vertraglichen Nutzungsbefugnis operiert wird, sondern die Sache schlichtweg beim Schuldner bleibt und Publizität mittels Registereintrags hergestellt wird.

(iii.) Mehrfachbesicherung

Art 2372-5 Cc ermöglicht explizit die **mehrfache Bestellung** einer Sicherungs-*fiducie* – also konstruktiv in Form einer Vollrechtsübertragung! – an ein und demselben Vermögenswert, und zwar ausdrücklich auch vor vollständiger Zahlung an den Erstgläubiger. Voraussetzung ist stets, dass die Möglichkeit einer solchen Mehrfachbesicherung *(recharge)* im ursprünglichen Treuhandvertrag ausdrücklich vereinbart war.[1333] Dies kann zum »Aufladen« der bereits bestehenden Sicherheit zugunsten des alten Gläubigers zwecks Absicherung neuer, im ursprünglichen Treuhandvertrag nicht erfasster Verbindlichkeiten genutzt werden, aber auch zur Sicherung eines neuen Gläubigers. Die Tilgung der ursprünglichen Verpflichtung führt dann nicht zum Erlöschen der Sicherheit.[1334] Auch muss die Vereinbarung über die Wiederausnützung ordnungsgemäß registriert werden.[1335]

Der Treugeber behält in diesem Fall im Ergebnis ein (auf die Begründung von weiteren Sicherungsrechten in Form der *fiducie* beschränktes) Verfügungsrecht, obwohl das betroffene Sicherungsgut sein Vermögen durch die erfolgte Übereignung an den Treuhänder im Grunde bereits vollständig verlassen hat. Im deutschsprachigen Schrifttum hat sich diese Regelung nicht völlig überraschend den Vorwurf eingehandelt, auf dogmatische Erklärungsnöte zu stoßen.[1336] Dogmatisch revolutionär ist allerdings nicht so sehr der Umstand, dass dem Treugeber eine Verfügungsbefugnis verbleibt; insoweit liegt ja nichts anderes als eine gesetzlich explizit vorgesehene, letztlich aber vertraglich eingeräumte Verfügungsermächtigung durch den Treuhänder-Eigentümer vor. Auch hat das Gesetz offenbar nicht – wie bei der Begründung eines nachrangigen Pfandrechts als zweites, eigenständiges beschränktes dingliches Recht an der Sache – die Übertragung eines »zweiten« Sicherungseigentums an den neuen Gläubiger vor Augen. Vielmehr legt der Wortlaut der Bestimmung nahe, dass das (eine und einzige, bereits sicherungsweise)

1333 Siehe Art 2372-5 Abs 1 und 2 Cc. Einführung zu diesem Themenkreis bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 36 ff; siehe auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés^5 393 ff (n° 705 ff); *Fix,* Fiducie-sûreté 23 f, 119 ff, 147. – Ein ähnliches Konzept verfolgt das französische Recht seit der Reform 2006 bei der Immobiliarhypothek (Art 2422 Cc, *hypothèque rechargeable).* Wesentlicher Aspekt in diesem Bereich ist ein partielles Aufweichen des bis dahin strengen Akzessorietätsprinzips mit dem Zweck, den Zugang zu (günstigem) Kredit zu erleichtern. Im Ergebnis wird damit dem Hypothekenbesteller eine ähnliche Verfügungsmöglichkeit über die bestehende Rangstelle eingeräumt wie nach § 469 ABGB.

1334 Vgl hierzu Art 2372-5 Abs 2 Satz 1 Cc. Eine gewisse Einschränkung zum Schutz des Schuldners sieht Art 2372-5 Abs 2 Satz 2 Cc für den Fall vor, dass es sich bei diesem um eine natürliche Person handelt: Neue Forderungen können durch einen solchen Sicherungsgeber nur bis zum Wert des Treuhandvermögens am Tag der neuerlichen Bestellung *(recharge)* besichert werden.

1335 Art 2372-5 Abs 3 Satz 1 Cc. Für das Rangverhältnis der Sicherungsnehmer untereinander ist – ausnahmsweise – nicht das Datum des Vertrags (wie sonst bei Forderungen, vgl Art 2018-2 Cc) oder der sonst für die Drittwirkung maßgebliche Zeitpunkt, sondern das Datum der jeweiligen Registereintragungen maßgeblich (Art 2372-5 Abs 3 Satz 2 Cc).

1336 So *Biller,* Mobiliarsicherheiten 37.

abgetretene Eigentum sicherungshalber »an eine neue Forderung geheftet« wird.[1337] Insoweit ist aus zivilistischer Sicht der Nimbus des Revolutionären allerdings durchaus am Platz. Wie auch immer man sich ein solches Anheften des Eigentums (des Erstgläubigers) an eine neue Forderung (zumal eines vom Ersten verschiedenen Zweitgläubigers) und den bei Zahlung durch den Ersten sich wohl irgendwie vollziehenden Eintritt des Zweiten in die alleinige Eigentümerstellung im Einzelnen vorzustellen hat: Aus Sicht der vorliegenden Arbeit zentral ist die **funktionale** Weichenstellung, die das französische Recht hier zumindest für einen Teilbereich – jenen der Mehrfachbesicherung – vornimmt: Das zu Sicherungszwecken eingesetzte Vollrecht wird dieser Funktion entsprechend im Ergebnis behandelt wie andere (dh beschränkte dingliche) Sicherungsrechte auch. Damit nähert sich die französische *fiducie* in diesem Punkt dem beispielsweise in Art 9 UCC und Buch IX DCFR verfolgten »funktionalen« Konzept des einheitlichen *security interest* bzw *security right* an.[1338]

4. Erweiterung der Sicherungsobjekte

Eine weitere Tendenz in der französischen Rechtsentwicklung kann darin gesehen werden, den Kreis möglicher Sicherungsobjekte nach Möglichkeit zu erweitern, zum Teil auch mit dem Ziel, eine möglichst dauerhafte Besicherung zu bewirken. In diesem Zusammenhang ist einmal auf die bereits angesprochenen zahlreichen, meist sondergesetzlich normierten und erst im Zuge der jüngsten Reform von 2021 aus Konsolidierungsgründen teilweise wieder eingeschränkten **Spezialpfandrechte** hinzuweisen, die ja regelmäßig gerade deshalb eingeführt wurden, um an bestimmten Vermögenswerten (wenngleich teilweise eingeschränkt auf bestimmte Wirtschaftsakteure) die Bestellung von Pfandrechten – ohne Gewahrsamsaufgabe und damit in wirtschaftlich praktikabler Weise – überhaupt zu ermöglichen und rechtssicher auszugestalten. Daneben zeigt sich die besagte Tendenz in mehrfacher, in den folgenden Unterkapiteln kurz darzulegender Ausprägung.

a. Besicherung durch zukünftige Sachen und Forderungen

Nach dem **Code civil von 1804** war die Verpfändung »zukünftiger«, bei Abschluss des Verpfändungsvertrags noch nicht existenter körperlicher Sachen und Forderungen **praktisch kaum möglich:** Für das Fahrnispfand war die Besitzübertragung nach Art 2076 aF Cc Voraussetzung für die Drittwirksamkeit, daneben aber auch

---

1337 Vgl insbesondere Art 2372-5 Abs 1 (*»La proprieté cédée … peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres …«)* und Abs 2 Cc (unter Bezugnahme auf das in Abs 1 angesprochene, bereits abgetretene Eigentum: *»Le constituant peut l'offrir en garantie …«).*

1338 In diesem Sinne auch *Biller,* Mobiliarsicherheiten 37.

bereits für die Wirksamkeit des als Realvertrag ausgestalteten Verpfändungsvertrags selbst.[1339] Vor ihrer physischen Entstehung kommt eine Übergabe der Pfandsache allerdings de facto nicht in Betracht.[1340] Ein grundsätzlich ähnliches Problem stellt sich bei der Verpfändung und (»einfachen«) Sicherungsabtretung von Forderungen. Die Drittwirksamkeit des Sicherungsrechts setzt hier nach der Stammfassung des Code civil ja die förmliche Anzeige an den Drittschuldner voraus.[1341] Möglich ist eine solche erst, wenn der Schuldner feststeht, im typischen Fall also erst mit Entstehung der Forderung. Denkbar war die Besicherung mittels künftiger Forderungen ursprünglich somit wohl nur, wenn zumindest der Schuldner bereits feststand.

Hinsichtlich der Besicherung durch zukünftige Forderungen hat der französische Gesetzgeber bereits vor den Reformen von 2006 bzw 2007 gegengesteuert: Das Ermöglichen der Abtretung künftiger Forderungen war – neben der Abtretung einer Mehrzahl von Forderungen auf einmal – offenbar erklärtes Ziel der Einführung der ***cession Dailly*** 1981.[1342] Danach können neben Forderungen aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis auch solche aus erst zu schließenden Verträgen abgetreten werden, deren Betrag und Fälligkeit noch nicht feststehen.[1343] Dabei handelt es sich allerdings wie ausgeführt nur um eine Mantelzessionsvereinbarung.[1344] Der eigentliche (drittwirksame) Forderungsübergang wird erst durch Übergabe einer Forderungsliste *(bordereau)* bewirkt.[1345] Auf dieser Liste müssen dann allerdings die Kriterien vermerkt sein, die eine Individualisierung der erfassten Forderungen ermöglichen, nämlich insbesondere *(notamment)* die Bezeichnung des Drittschuldners, die Zahlungsfrist, der Betrag der Forderung oder seine Berechnung sowie, wenn anwendbar, die Fälligkeit.[1346] Damit eine Forderung tatsächlich auf den gesicherten Gläubiger übergehen kann, müssen diese Parameter also bereits feststehen. Dasselbe gilt nach denselben Bestimmungen

1339 Vgl oben IV.C.2.a.

1340 Vgl etwa *Zwalve/Sirks,* Privatrechtsgeschichte 444 (»nahezu per Definition«). Theoretisch denkbare Ausnahmefälle, wie die Übergabe von Teilen, aus denen die nach dem Vertrag verpfändete Sache letztendlich erst zusammengesetzt werden muss, fallen praktisch nicht ins Gewicht.

1341 Zur Voraussetzung der Drittschuldnerverständigung Art 2075 aF und oben IV.C.2.c. zur Verpfändung von Forderungen sowie Art 1690 Cc und oben IV.C.3.b. zur (Sicherungs-)Zession.

1342 So *Biller,* Mobiliarsicherheiten 84 f. Überblick zu diesem Sicherungsinstrument und seiner Genese bei *Mezger,* RIW 1981, 213. Die Bestimmungen dieses Sondergesetzes wurden später in den *Code monétaire et financier* (CMF) überführt, auf den sich Gesetzeszitate in der Folge beziehen.

1343 Siehe nunmehr Art L313-23 Abs 2 Satz 2 CMF.

1344 Oben IV.C.3.b.

1345 Art L313-27 Abs 1 CMF. Vgl auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 592 (n° 794); *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 639 (n° 683).

1346 Art L313-23 Abs 3 Nr 4 CMF. Aus Abs 4 dieser Bestimmung, der eine vereinfachte Übermittlung der erforderlichen Daten auf elektronischem Weg ermöglicht, folgt im Ergebnis nichts anderes, da auch diese Bestimmung die Identifizierung der erfassten Forderungen voraussetzt und damit implizit auf die Kriterien des Abs 3 Nr 4 Bezug nimmt.

auch für die Verpfändung gewerblicher Forderungen im Anwendungsbereich der *cession Dailly.* Von einer vollwirksamen Vorausabtretung (bzw -verpfändung), mit der beispielsweise »alle Forderungen aus Warenverkäufen aus dem Geschäftsbetrieb« drittwirksam im Voraus als Sicherheit bestellt werden könnten, kann hier also noch nicht gesprochen werden.

Den endgültigen Durchbruch hat in diesem Zusammenhang erst die **Reform von 2006** gebracht: Die Verpfändung noch nicht existenter Fahrnisgegenstände ist nun bereits nach der gesetzlichen Definition des ***gage*** in Art 2333 Abs 1 Cc möglich.[1347] Entsprechendes verfügt Art 2355 Abs 1 Cc für den ***nantissement,*** also das Forderungspfand. Darauf aufbauend bestimmt Art 2356 Abs 3 Cc, dass im Fall der Verpfändung zukünftiger Forderungen der Vertrag selbst deren Individualisierung ermöglichen oder Elemente enthalten muss, anhand derer eine solche Individualisierung erfolgen kann. Beispielhaft[1348] nennt das Gesetz hierzu die Bezeichnung des Schuldners, den Ort der Zahlung, den Betrag der Forderungen oder dessen Berechnungsmodalitäten und gegebenenfalls die Fälligkeit der Forderungen. Den Parteien steht es beim *nantissement* im Ergebnis also frei, auf welche Weise sie die Identifizierbarkeit sicherstellen. Es genügen somit auch denkbar weit gefasste generische Umschreibungen wie »alle Forderungen gegen die Schuldner A–K«,[1349] auch die Verpfändung aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb (also gegenüber sämtlichen Schuldnern) wird möglich sein.[1350] Nachdem die Drittwirksamkeit der Forderungsverpfändung nach der ausdrücklichen Anordnung in Art 2361 Cc auch in Bezug auf zukünftige Forderungen mit dem Datum des schriftlichen Vertrags eintritt, ermöglicht es das neue französische Recht den Parteien im Ergebnis, dem Gläubiger schon **im Vorhinein** – bevor die verpfändete Forderung oder das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis entsteht – **eine bestimmte Rangstellung zu sichern.**[1351] Mit der erlangten Drittwirksamkeit ist die Vorabverpfändung auch **insolvenzfest.** Die künftige Forderung gilt als bereits für den Gläubiger »reserviert«, Forderungsentstehung nach Insolvenzeröffnung schadet also grundsätzlich nicht.[1352] Diese Effekte entsprechen dem in *notice filing*-Systemen möglichen *advance filing,*[1353] mit dem Unterschied, dass

1347 Nach Art 2333 Abs 1 Cc verschafft der *gage* ein vorrangiges Befriedigungsrecht an gegenwärtigen oder zukünftigen beweglichen körperlichen Sachen oder Sachgesamtheiten.

1348 Wörtlich *»tels que«;* vgl auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 509 (n° 903); *Biller,* Mobiliarsicherheiten 147: exemplarische Aufzählung.

1349 So das Beispiel bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 147 FN 575.

1350 Vgl *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 509 (n° 903).

1351 Vgl auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 595 (n° 800); *Biller,* Mobiliarsicherheiten 149 mwN.

1352 Vgl allgemein *Biller,* Mobiliarsicherheiten 87 mwN in FN 339.

1353 Einführend hierzu unten V.A.2.c. unter 2. und 3. Unmöglich ist nach dem Code civil allerdings das Reservieren eines günstigen Rangs bereits vor Abschluss des Verpfändungsvertrags, da dieser ja gerade für die Prioritätsbegründung maßgeblich ist.

Rangwahrung und Drittwirkung nach französischem Recht ohne jegliche Registrierung, ja überhaupt ohne jegliche nennenswerte Publizität bewirkt werden, nämlich allein aufgrund des schriftlichen Verpfändungsvertrags. Das Pfandrecht an der Forderung entstand nach dem Regelungskonzept von 2006 erst mit der Entstehung der Forderung selbst (Art 2357 Cc). Diese Bestimmung wurde im Zuge der Reform 2021 aufgehoben;[1354] intendiert ist das einheitliche sofortige Wirksamwerden aller Forderungspfandrechte sowohl zwischen den Parteien und gegenüber Dritten mit dem Datum der Bestellungsurkunde.[1355] Zwingend ist eine solche Konzeption nicht. Das Modell von 2006 entsprach jedenfalls im Ergebnis dem System des Article 9 UCC bzw von Buch IX DCFR, in dem ebenfalls die – in der Terminologie des DCFR – *creation* (Entstehung des Sicherungsrechts) von der *effectiveness against third parties* sowie der *priority* getrennt wird.[1356] Anderes hat sich wie erinnerlich im niederländischen Recht ergeben, nach dem mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis des Schuldners erlischt und die Verschaffung eines wirksamen Pfandrechts an der nunmehr entstehenden Forderung nach dem *nemo plus iuris*-Grundsatz nicht mehr möglich ist.[1357]

Vergleichbar stellt sich die Rechtslage bei der **Sicherungs-*fiducie*** dar: Dass diese gegenwärtige wie auch zukünftige Vermögenswerte (Fahrnis und Forderungen oder andere Rechte) erfassen kann, wird ebenfalls bereits in der einschlägigen Begriffsdefinition klargestellt (Art 2011 Cc). Zukünftige Sicherungsobjekte müssen bei sonstiger Nichtigkeit des Bestellungsvertrags nach den in diesem Vertrag niedergelegten Kriterien »bestimmbar« sein (Art 2018 Nr 1 Satz 2 Cc); nähere Vorgaben macht der Gesetzestext insoweit nicht. Zwar ist die rechtzeitige Eintragung des Treuhandvertrags in einem Register erforderlich, diesem kommen allerdings keine Publizitätsfunktion und keine Bedeutung für die Drittwirksamkeit des Rechtsübergangs zu.[1358] Für die sicherungsweise Übertragung von Fahrnis sind hinsichtlich der Drittwirkung wie oben erörtert offenbar die allgemeinen Regeln zum Eigentumserwerb maßgeblich.[1359] Nachdem die danach maßgebliche Grundregel des Eigentumserwerbs bei Vertragsschluss im Fall der noch nicht existenten

---

1354 Siehe Art 9 II der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021.

1355 Die Gesetzesmaterialien führen zur Aufhebung von Art 2357 Cc aus, dass diese Bestimmung nicht mit Art 2361 Cc idF von 2006 zusammengepasst habe, dem zufolge die Verpfändung einer künftigen Forderung mit dem Vertragsabschluss wirksam werde und Dritten entgegengehalten werden könne; siehe *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 9. Überdies wurde zur Priorität bei Mehrfachverpfändungen 2021 eine eigene Regelung eingeführt, die ebenfalls auf das Urkundendatum abstellt (Art 2361-1 idF der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021).

1356 Vgl wiederum unten V.A.2.c.

1357 Vgl oben IV.B.3.b.(i.). Zudem muss nach niederländischem Recht das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderung entstehen soll, im Abtretungszeitpunkt bereits bestehen.

1358 Hierzu oben IV.C.3.c.(ii.).

1359 Näher – auch zu diesbezüglichen Unsicherheiten – oben IV.C.3.c.(ii.) unter 3.

Sache freilich nicht anwendbar ist, müsste folgerichtig ein Übergang in das Treuhandvermögen mit physischer Entstehung der Sache angenommen werden. Was die sicherungsweise Übertragung von Forderungen im Rahmen der *fiducie* betrifft, so ist diese Dritten gegenüber mit dem Datum des schriftlich abgeschlossenen Vertrags wirksam (Art 2018-2 Cc).[1360] Mit diesem Zeitpunkt ist die Wirksamkeit der Abtretung in das Treuhandvermögen auch insolvenzfest fixiert; dass der betroffene Vermögenswert erst später entsteht und sich der fiduziarische Erwerb möglicherweise[1361] auch erst später vollzieht, schadet nicht. Dem entspricht, wie Art 2024 Cc für die *fiducie* ausdrücklich klarstellt, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Treugebers (Sicherungsgebers) das fiduziarische Vermögen nicht berührt.[1362]

Im Kontext der Besicherung durch »zukünftige« Vermögenswerte ist noch eine Ergänzung zu machen: Die Verpfändung einer schon existierenden, aber **fremden** (dh im Eigentum eines Dritten stehenden) Sache war nach französischem Recht traditionell nichtig. Dies schrieb Art 2335 Cc idF 2006 explizit fest. Mit der Reform 2021 wird diese Regelung zu einer Vernichtbarkeit durch den unwissenden Gläubiger umgestaltet.[1363]

Exkursartig angeschlossen sei hier ein weiterer Aspekt, der ebenfalls in den Kontext möglichst weitgehender Besicherungsmöglichkeiten passt, auch wenn sich insoweit gegenüber der alten Rechtslage keine allzu tiefgreifenden Veränderungen ergeben haben mögen:[1364] Art 2333 Abs 2 Cc für das Fahrnispfand und Art 2356 Abs 3 Cc für das Forderungspfand sprechen nun ausdrücklich die Möglichkeit der **Sicherung zukünftiger Forderungen** an und setzen diesbezüglich lediglich voraus, dass die Forderungen bestimmbar sein müssen. Es wird hier grundsätzlich Gleiches gelten wie oben zur Verpfändung zukünftiger Forderungen diskutiert.[1365]

1360 Vgl ebenfalls oben IV.C.3.c.(ii.) unter 3.

1361 Der Eintritt des Forderungserwerbs mit Entstehen derselben wäre mE an sich folgerichtig. Dies würde dem Entstehen eines Pfandrechts an einer künftigen Forderung nach dem ursprünglichen Konzept des Art 2357 Cc entsprechen, den die Reform von 2021 allerdings zugunsten eines einheitlichen Wirksamwerdens mit Vertragsschluss (Art 2361 Cc) aufgehoben hat; vgl oben IV.C.4.a. bei FN 1355.

1362 Vgl *Biller,* Mobiliarsicherheiten 87 mwN.

1363 Art 2335 idF der *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 sieht vor, dass das Pfandrecht an einer fremden Sache auf Antrag des Gläubigers, der vom fehlenden Eigentum des Pfandbestellers keine Kenntnis hat, annulliert werden kann. Der Gesetzgeber möchte damit an der Rsp vor der Reform von 2006 festhalten; vgl *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 8.

1364 Schon vor der Reform 2006 konnte die besicherte Forderung auch bedingt oder betagt bzw eine zukünftige sein; vgl *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II² 684.

1365 Siehe nach FN 1347 zu Art 2356 Abs 3 Cc, der für die Besicherung zukünftiger Forderungen und die Verpfändung zukünftiger Forderungen hinsichtlich ihrer Bestimmbarkeit dieselben Voraussetzungen anordnet.

b. *Besicherung durch Sachgesamtheiten*

Der nächste Punkt lässt sich kurzhalten, ist aber grundsätzlich wichtig, fügt er sich doch in einen in vielen europäischen Rechtsordnungen beobachtbaren Trend und berührt, was das geltende österreichische Recht angeht, ein ausgesprochenes Desiderat. Es geht um die **zunehmend erleichterte Bestellung** von Sicherungsrechten an Sachgesamtheiten, namentlich solchen mit wechselndem Bestand, und im Besonderen in einer Ausgestaltung, die es dem Schuldner ermöglicht, die erfassten Vermögenswerte weiter zu nutzen, ohne die dingliche Sicherung des Gläubigers grundsätzlich infrage zu stellen.

Einen ersten wichtigen Schritt stellt insoweit das bereits erwähnte Registerpfandrecht an einem »Unternehmen« *(nantissement du fonds de commerce)* dar.[1366] Die heute wohl typischen revolvierenden Sachgesamtheiten, nämlich Waren- bzw Materiallager und Forderungsbestände, sind hiervon allerdings gerade nicht erfasst.[1367] Mit der Reform von 2006 wurde ein eigenes Spezialpfandrecht für Warenlager eingeführt *(gage des stocks,* Art L527-1 ff Ccom), das mittlerweile allerdings aus Vereinfachungsgründen wieder abgeschafft worden ist.[1368] Nach diesen Bestimmungen musste der schriftliche Verpfändungsvertrag eine Beschreibung enthalten, die eine Identifizierung der – gegenwärtigen oder zukünftigen – Pfandgegenstände anhand ihrer Natur, Qualität, Quantität und ihres Werts ermöglicht, und eine Angabe über die Dauer der Aufbewahrung beinhalten.[1369] Auch das neue allgemeine Pfandrecht nach Code civil *(gage)* kann bereits definitionsgemäß an einer Gesamtheit beweglicher körperlicher Sachen bestellt (Art 2333 Abs 1 Cc) und durch Registrierung drittwirksam gemacht werden.[1370] Die Verpfändbarkeit einer Gesamtheit an Forderungen ist entsprechend in den neuen Art 2355 f Cc

1366 Dazu kurz oben IV.C.2.b. mwN.

1367 Vgl etwa *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 515 (n° 915) mwN.

1368 Durch Art 28 *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021. Zur intendierten Vereinfachung durch Reintegration in den *gage commun* vgl *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 14.

1369 Art L527-2 Z 2 Ccom idF der *ordonnance* n° 2016-56 vom 29. 1. 2016. Mit dieser *ordonnance* wurden zahlreiche Bestimmungen der Art L527-1 ff Ccom angepasst.

1370 Zur Pfandbestellung an Sachgesamtheiten nach den allgemein-zivilrechtlichen Bestimmungen sowie jenen zum *gage des stocks* etwa *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 280 f (n° 503 f), unter anderem mit dem Hinweis (aaO 279, n° 503), dass nach erster untergerichtlicher Judikatur die Begründung eines Warenlagerpfandes auch nach den Bestimmungen der Art 2333 ff Cc möglich sei, indem als Sicherungsgut-Kategorie im Register (vgl oben IV.C.2.e.) »Andere« gewählt wird. Die Cour de cassation hat eine Wahlmöglichkeit zwischen dem allgemeinen Registerpfand nach dem Cc und dem *gage des stocks* iSd Art L527-1 ff Ccom zwar bestritten; siehe Cass, Ass Plén 7. 12. 2015, n° 14-18435, Gaz Pal 16. 02. 2016, 30 (vgl oben IV.C.2.d.(i.) ab FN 1224). Mit der *ordonnance* n° 2016-56 vom 29. 1. 2016 wurde in Art L527-1 Abs 4 Ccom dann aber ausdrücklich festgeschrieben, dass die Parteien frei sind, entweder ein *gage des stocks* iSd Art L527-1 ff Ccom zu begründen oder auf die allgemeinen Mobiliarpfandregeln der Art 2333 ff Cc zurückzugreifen. Mit der Reform von 2021 bleibt nur noch das allgemeine Pfandrechtsregime des Cc bestehen.

ausdrücklich vorgesehen und war auch nach dem Verfahren der *cession Dailly* (als Verpfändung oder Vollrechtsabtretung) schon länger möglich.[1371]

Ein weiterer Aspekt sei in diesem Zusammenhang kurz erwähnt, gleichwohl er nicht notwendig auf die Verpfändung von Sachgesamtheiten beschränkt ist: Sind gattungsmäßig bestimmte bewegliche körperliche Sachen Gegenstand eines Pfandrechts ohne Besitzaufgabe, ist der Pfandbesteller, sofern nichts anderes vereinbart ist, zu deren Veräußerung berechtigt. Ihn trifft allerdings die Verpflichtung, diese durch dieselbe Anzahl entsprechender Sachen zu ersetzen (Art 2342 Cc).[1372] Das Pfandrecht erstreckt sich sodann automatisch auf diese Ersatzgegenstände.[1373]

c. *Erstreckung des Sicherungsrechts in Surrogate*

Darüber hinaus sind im französischen Recht schon seit Langem Mechanismen anerkannt, die eine rangwahrende Erstreckung des Sicherungsrechts in bestimmte Surrogate sicherstellen. So setzt sich das Pfandrecht an einer beweglichen Sache kraft **gesetzlicher Surrogation** insbesondere am Verkaufserlös fort, wenn der Sicherungsgeber die Sache veräußert. Gleiches gilt in Hinblick auf die Versicherungssumme, die bei Zerstörung, Verlust oder Beschädigung des Pfandobjekts gefordert werden kann.[1374] Auch beim Eigentumsvorbehalt gilt die Regel, dass im Fall des Weiterverkaufs durch den Vorbehaltskäufer das Sicherungsrecht des Vorbehaltsverkäufers sich in der Forderung gegen den Abnehmer fortsetzt (Art 2372 Cc)[1375] und der Vorbehaltsverkäufer den noch offenen Verkaufspreis auch in der Insolvenz seines eigenen Käufers »vindizieren« kann;[1376] gleiches gilt – nach denselben Bestimmungen – auch hier für die Forderung auf Deckung durch eine Versicherung.

1371 Zu Letzterer schon oben IV.C.2.c. und vor allem IV.C.3.b.

1372 Vor der jüngsten Reform durch *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 bestand eine Veräußerungsbefugnis nur, wenn sie vertraglich vorgesehen war. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis wurde durch Neufassung des Art 2342 Cc umgekehrt.

1373 So der durch *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 neu eingeführte Art 2342-1 Cc.

1374 Vgl hierzu etwa *Biller,* Mobiliarsicherheiten 126 f, 150 f.

1375 Gleiches gilt gemäß einer durch die *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 vorgenommenen Klarstellung auch in Bezug auf Forderungen aus dem Verlust der Vorbehaltsware (zB gegen eine Versicherung).

1376 Siehe Art L624-18 Ccom *(revendication du prix),* wobei Voraussetzung ist, dass die Kaufpreisforderung bei Insolvenzeröffnung noch offen ist und die Sache bei Lieferung an den Zweiterwerber noch vorhanden war (da der Anspruch auf den Kaufpreis den Herausgabeanspruch auf die Sache selbst ersetzt). Hierzu näher *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 171 f; *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 699 f (n° 751); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 642 f (n° 861 f).

5. Verwertung

Wird die Schuld nicht bezahlt, gelangt das Sicherungsrecht zur Verwertung. Geht man vom Konzept eines beschränkten dinglichen Rechts auf vorrangige Befriedigung aus, wie dies dem Pfandrecht entspricht, hat man aus österreichischer oder deutscher Perspektive den (gerichtlichen oder privaten) Verkauf des Sicherungsguts und die Verrechnung des daraus resultierenden Erlöses mit der gesicherten Forderung vor Augen. Insoweit ist hier auf eine Eigenheit des französischen Rechts hinzuweisen, die zu einem Teil bereits vor der Reform 2006 bestanden hat und die sich mit dieser in einem entscheidenden Punkt noch verstärkt bzw verallgemeinert hat: auf die Möglichkeit einer – grob gesprochen – Aneignung des Sicherungsobjekts durch den gesicherten Gläubiger.

Schon vor 2006 war es im Rahmen der **gerichtlichen** Pfandverwertung zulässig, anstatt einer – als schwerfällig und teuer geltenden – gerichtlich angeordneten öffentlichen Versteigerung die **richterliche Zuweisung des Eigentums** am (beweglichen körperlichen) Pfandgut an den Gläubiger zu beantragen, Letzteres nach vorheriger Schätzung durch einen Sachverständigen und unter Vergütung eines allfälligen Überschusses an den Sicherungsgeber bzw allenfalls vorhandene nachrangige Pfandgläubiger.[1377] Diese Regelungen sind im Wesentlichen beibehalten worden.[1378] Für das Pfandrecht an Forderungen ist als gerichtliche Verwertungsart nunmehr allein die Zuweisung der Forderung an den Gläubiger vorgesehen.[1379]

Jede **vertragliche** Vereinbarung des Verfalls der Pfandsache ins Eigentum des Gläubigers oder einer entsprechenden Ermächtigung des Gläubigers zur Aneignung ***(pacte commissoire)*** war vor der Reform von 2006 nichtig (Art 2078 aF Cc), so-

---

1377 Siehe Art 2078 aF Cc und hierzu etwa *Ferid/Sonnenberger,* Französisches Zivilrecht II[2] 688 (3 D 129 ff). Die Zuweisung ins Eigentum des Gläubigers erfolgt »als Zahlung« *(en payement);* wird durch den Schätzwert die besicherte Forderung nicht abgedeckt, besteht der Forderungsrest ungesichert weiter. – Das Erfordernis der Sachverständigenschätzung ist allerdings schon vor 2006 durch Rechtsprechung und Lehre abgeschwächt worden. So konnte der Richter selbst schätzen, wenn genügend Elemente für die Wertermittlung vorhanden waren; andererseits war er auch nicht an die Schätzung des Sachverständigen gebunden. Vgl insofern *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 476 (n° 842) mwN.

1378 Siehe nunmehr Art 2346 und Art 2347 Cc für den *gage.* Näher zum Ganzen etwa *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 824 ff (n° 1113 ff); *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 476 ff (n° 841 ff). Das Erfordernis einer vorangehenden Sachverständigenschätzung bei der gerichtlichen Zuweisung ins Eigentum ist in Art 2347 Cc zwar nicht mehr ausdrücklich vorgesehen, Schätzung durch einen von den Parteien im Einvernehmen oder vom Gericht bestellten Sachverständigen soll allerdings nach wie vor die gängige Vorgangsweise sein; vgl *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 595 (n° 642); ähnlich *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 297 (n° 514). Der *Grimaldi*-Bericht (FN 1223) 12 hatte die Sachverständigenschätzung noch zwingend vorgesehen, außer das Pfandgut hätte einen Börsenpreis.

1379 Art 2365 Abs 1 Cc.

fern die Vereinbarung bereits im Zeitpunkt der Pfandbestellung getroffen wurde.[1380] Diese vielfach streng gehandhabte Regel hat zu einigen Streitfragen Anlass gegeben. Insbesondere war lange unsicher, ob beim Forderungspfand eine dem Gläubiger erteilte Einziehungsermächtigung bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sicherungsgebers Bestand haben könne, was lange Zeit mit dem Argument verneint wurde, darin liege eine unzulässige Verfallsklausel.[1381] Die Reform von 2006 hat insofern die Rechtslage erheblich modifiziert: Art 2348 Abs 1 Cc gestattet nun ausdrücklich die Vereinbarung einer Verfallsklausel sowohl bereits bei Pfandbestellung als auch danach. Tritt der Sicherungsfall ein, muss der Wert der Pfandsache zum Tag des Eigentumsübergangs von einem Sachverständigen bestimmt werden, der entweder von den Parteien im Einvernehmen oder vom Gericht ernannt wird, sofern diese Ware nicht auf einer Handelsplattform iSd CMF gehandelt wird und der Wert solcherart bestimmt werden kann. Dieser Wert ist mit der besicherten Forderung zu verrechnen, ein allfälliger Überschuss an den Pfandbesteller bzw nachrangige Pfandgläubiger herauszugeben (Art 2348 Abs 2 und 3 Cc). Falls nicht anders vereinbart, vollzieht sich der Übergang des Eigentums auf den Gläubiger automatisch mit Eintritt des Zahlungsverzugs.[1382] Motiv für diese Änderung war einerseits, die Effektivität des Sicherungsrechts zu steigern, indem dem Gläubiger ein einfacher und rascher Verwertungsmodus zur Verfügung gestellt wird, dabei andererseits aber auch die Interessen des Pfandbestellers sowie anderer Gläubiger zu wahren.[1383] Einige Sondergesetze sehen Ausnahmen von der Zulässigkeit der Verfallsklausel vor, so etwa bei Sicherung eines Konsumentenkredits.[1384] Praktisch wichtig ist, dass Verfallsklauseln in der Insolvenz des Sicherungsgebers nicht durchsetzbar sind, und zwar während eines Sanierungsverfahrens[1385] ebenso wie bei gerichtlicher Liquidation.[1386] Die Annäherung des Pfandgläubigers

---

1380 Später getroffene Verfallsvereinbarungen waren nach der Rsp hingegen wirksam, vgl *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 598 (n° 644) mwN. Siehe ferner *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 478 f (n° 845), dort auch zu einigen Liberalisierungstendenzen in der Rechtsprechung vor der Reform.

1381 Zusammenfassend *Biller,* Mobiliarsicherheiten 153 mwN.

1382 *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 299 (n° 515) mwN. Näher zum Ganzen auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 821 ff (n° 1110 ff). Die *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 hat keine im hiesigen Kontext relevanten Neuerungen gebracht.

1383 So der *Grimaldi*-Bericht (FN 1223) 12. Im Schrifttum wird die Neuerung aus eben diesen Gründen weitgehend recht wohlwollend aufgenommen; vgl etwa *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 598 f (n° 644).

1384 Art L312-38 Abs 3 Cconsom. Eine Ausnahme besteht nach Art L142-1 Abs 2 Ccom ferner bei Verpfändung eines »Handelsunternehmens« *(nantissement du fonds de commerce).*

1385 Art L622-7 I Abs 3 Ccom für das *sauvegarde*-Verfahren und hierauf verweisend Art L631-14 Abs 1 Ccom für den *redressement judiciaire.* Vgl kritisch *Ansault,* L'efficacité du gage sans dépossession, in *Borga/Gout* (Hrsg), L'attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 101 (108 f n°14).

1386 Art L641-3 Abs 1 Ccom, wiederum mit Verweis auf Art L622-7 I Abs 3 Ccom. Vgl auch *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] 480 (n° 846).

an die Position eines Eigentümers ist damit letztlich doch eine begrenzte.[1387] In praktischer Hinsicht können die gerichtliche Eigentumszuweisung und der *pacte commissoire* im Übrigen insofern unattraktiv sein, als der Gläubiger das Eigentum einer Sache erwirbt, an der er kein Interesse hat, und der Weiterverkauf sich uU schwierig und wenig lukrativ gestaltet. Deshalb, so wird berichtet, verzichten Banken oft auf diese Möglichkeiten.[1388]

Nach ähnlichen Grundsätzen ist bei der Verwertung einer Sicherungs-*fiducie* zu verfahren. Der Treuhänder-Gläubiger erhält bei Zahlungsverzug des Schuldners zwar nicht das Eigentumsrecht (dieses steht ihm ja bereits zu), sondern das Recht, über das Treugut frei zu verfügen (Art 2372-3 Abs 1 Cc). Auch hier sind Schätzung durch einen Sachverständigen und Herausgabe eines etwaigen Überschusses vorgesehen.[1389]

Die Vereinbarung eines freihändigen Pfandverkaufs *(voie parée)* ist übrigens weiterhin unzulässig. Eine gewisse Lockerung hat erst die Reform von 2021 gebracht, wonach nunmehr ein für eine unternehmerische Verbindlichkeit bestellter *gage* acht Tage nach einer einfachen Benachrichtigung des Schuldners bzw Drittpfandbestellers mittels öffentlicher Versteigerung *(vente publique)* durch einen Notar, Gerichtsvollzieher, gerichtlichen Versteigerer oder einen vereidigten Handelsmakler verwertet werden kann.[1390] Bei der Verpfändung von **Forderungen** kann schon nach den Bestimmungen von 2006 – funktional einer Verfallsklausel entsprechend – vereinbart werden, dass der Gläubiger sich die verpfändete Forderung aneignen kann, um diese bei Fälligkeit beim Drittschuldner einzuziehen (Art 2365 Cc). Auch hier ist die Herausgabe eines allfälligen Mehrerlöses vorgesehen.[1391]

1387 Insoweit unrichtig *Biller,* Mobiliarsicherheiten 179, die in der Insolvenz die Verwertung durch Verfall für möglich hält und daher ein Aussonderungsrecht des Pfandgläubigers annimmt. Unglücklich ist auch ihr Hinweis auf ein »Zurückbehaltungs- und Aussonderungsrecht der besitzlosen Pfandgläubiger« in der Schuldnerinsolvenz *(Biller* aaO 170 f; vgl demgegenüber oben IV.C.2.d.(ii.) aE).

1388 Siehe *Ansault* in *Borga/Gout,* L'attractivité du droit français des sûretés réelles 101 (109 n°15).

1389 Vgl Art 2372-3 Abs 3 und Art 2372-4 Cc. Die Verwertungsregeln beim Pfand können insoweit als Vorbild gelten; vgl *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 450 f (n° 789 f); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 648 f (n° 870). Übersicht in deutscher Sprache bei *Biller,* Mobiliarsicherheiten 45 ff, allerdings mit teilweise abweichendem Verständnis zur Wirkung einer besitzlosen Sicherungs-*fiducie* im Sanierungsverfahren (aaO 47 f; vgl demgegenüber oben IV.C.3.c.(ii.) unter 3. bei und mit FN 1321). Eine gewisse Entkoppelung vom Grundsatz der Verwertung zum Schätzungspreis hat allerdings die *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 gebracht: Nach dem neuen Art 2372-3 Abs 4 Cc kann der Sicherungstreuhänder dann, wenn er zu dem vom Sachverständigen festgesetzten Preis keinen Käufer findet, das Sicherungsgut zu einem Preis verkaufen, den er »unter seiner Verantwortung« für »seinem Wert entsprechend hält«.

1390 Siehe zum letztgenannten Aspekt den durch die *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15. 9. 2021 neu eingeführten Art 2346 Abs 2 Cc und hierzu *rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2021-1192,* 9. Im Übrigen muss nach Art 2346 Abs 1 Cc der Pfandverkauf beim *gage* weiterhin nach den Bestimmungen des Exekutionsverfahrens erfolgen.

1391 Art 2366 Cc. Vgl zum Ganzen etwa *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 322 n° 536.

6. Eigentumsvorbehalt

Auch zum Eigentumsvorbehalt werden hier nur einige ausgewählte Aspekte angesprochen, wobei eine konzeptionelle Neuausrichtung durch die Reform von 2006 im Zentrum steht. Auf einige wesentliche Aspekte der früheren Rechtsentwicklung wurde bereits an anderer Stelle kurz hingewiesen: Die Rechtsprechung ist zunächst von der Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts in der Käuferinsolvenz ausgegangen;[1392] der Gesetzgeber hat umgehend mit einem besitzlosen Pfandrecht zugunsten von Auto- und Traktorenverkäufern gegengesteuert.[1393] Die Rechte des Vorbehaltsverkäufers in der Käuferinsolvenz sind dann insbesondere in Gesetzen aus den Jahren 1980 und 1985 gestärkt worden[1394] (vgl nunmehr insbesondere Art L624-9 und Art L624-16 bis L624-18 Ccom). Die Reform 2006 erkennt den Eigentumsvorbehalt nun ausdrücklich als dingliche Sicherheit an Mobilien an (Art 2329 n° 4 Cc).

a. Das neue Konzept des Eigentumsvorbehalts nach der Reform 2006

Mit der Reform von 2006 hat der Eigentumsvorbehalt *(réserve de propriété)* in den Art 2367 bis 2372 Cc eine ausführliche gesetzliche Regelung erfahren. Seine Bestellung setzt eine schriftliche Vereinbarung voraus (Art 2368 Cc), wobei Art L624-16 Abs 2 Ccom für die Frage der Insolvenzfestigkeit präzisiert, dass diese Vereinbarung vor Lieferung der Sache getroffen werden muss.[1395] Die mit der Vorbereitung der Reform befasste *Grimaldi*-Gruppe hatte noch vorgeschlagen, dass das vorbehaltene Eigentum ab einem bestimmten Sachwert aus Gründen der Transparenz und der Kohärenz der Reform gegenüber Einzelrechtsnachfolgern des Vorbehaltskäufers nur dann wirksam sein sollte, wenn der Vorbehalt entsprechend den Voraussetzungen für das Fahrnispfand publiziert – de facto also registriert – wird.[1396] Hiervon hat der Gesetzgeber allerdings Abstand genommen.[1397]

1392 Cass civ 28.3.1934, bestätigt durch Cass civ 22.10.1934, beide publiziert in D 1934, 1, 151 *(Vandamme).*

1393 Oben IV.C.2.b. bei FN 1202.

1394 Gesetz vom 12.5.1980 *relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente;* Gesetz vom 25.1.1985 *sur les procédures collectives.* Zur Entwicklung und insbesondere zur Wirkung im Konkurs etwa *Spellenberg,* Eigentumsvorbehalt in Frankreich, ZfRV 1994, 105; *Menne,* Die Sicherung des Warenlieferanten durch den Eigentumsvorbehalt im französischen Recht (1998) 43 ff.

1395 Näher etwa *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 696 ff (n° 749 f); *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 457 (n° 801); *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 165 ff.

1396 Vgl den *Grimaldi*-Bericht (FN 1223) 15.

1397 Im Bericht des Justizministeriums zur Reform-Verordnung heißt es dazu recht lapidar, ein Publizitätserfordernis werde, im Gegensatz zum *gage,* nicht vorgesehen, weil der Eigentumsvorbehalt im Spektrum der Sicherungsrechte eben eine besondere Stellung einnehme; vgl *Ministère de la justice,* Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n° 71 vom 24.3.2006, 4467 (Text n° 28) unter 1.2.2.4.

Von besonderem Interesse im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist das Konzept der **Geltendmachung** des vorbehaltenen Eigentums. Dieses fügt sich in das bereits erwähnte Grundverständnis vom Eigentumsvorbehalt als Sicherungsrecht (Art 2329 n° 4 Cc) und stimmt mit der nahezu programmatischen Regel des Art 2367 Abs 2 Cc überein, der zufolge das vorbehaltene Eigentum akzessorisch zur gesicherten Forderung ist.[1398] Dementsprechend sichert das vorbehaltene Eigentum die Kaufpreisforderung im allerengsten Sinne: Die Sicherung erfolgt direkt, dh unter Aufrechterhaltung der Kaufpreisforderung, und nicht etwa – wie nach österreichischem oder deutschem Grundverständnis – mittelbar durch vorherige Beseitigung ebendieser Forderung. Mit anderen Worten setzt die Geltendmachung des vorbehaltenen Eigentums **keinen** vorherigen **Rücktritt** vom Kaufvertrag voraus; auch die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs stellt keinen Rücktritt dar.[1399] Vielmehr bleibt die Kaufpreisforderung aufrecht und wird der Wert der wiedererlangten Sache **auf die gesicherte Kaufpreisforderung angerechnet** (ausdrücklich Art 2371 Abs 2 Cc). Sofern der Wert der zurückgenommenen Sache den noch offenen Forderungsbetrag übersteigt, hat der Gläubiger (Verkäufer) dem Schuldner (Käufer) den Differenzbetrag auszuzahlen (Art 2371 Abs 3 Cc). Auch kann der bereits geltend gemachte Herausgabeanspruch noch blockiert werden, wenn der Käufer (bzw sein Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Gerichts) sofort zahlt.[1400] All dies entspricht, wie bereits angedeutet, einem funktionalen Verständnis vom Eigentumsvorbehalt als »bloßem« Sicherungsrecht;[1401] die Rechtsfolgen orientieren sich an dieser Funktion, nicht am Konzept des Eigentums als Vollrecht. Im Ergebnis entspricht dies dem Konzept eines einheitlichen *security interest* iSd Article 9 UCC und der im DCFR – alternativ zum Eigentumsvorbehalt im klassischen Sinn, dh mit Geltendmachung durch Rücktritt – vorgesehenen Möglichkeit der *retention* eines »bloßen« *security right.*[1402]

1398 Dieses Konzept war bereits vor der Reform von einer Mehrheit im Schrifttum sowie von der Rsp beispielsweise insofern anerkannt, als im Fall einer persönlichen Subrogation (vergleichbar zB mit der Legalzession bei Zahlung durch den Bürgen nach § 1358 ABGB) das vorbehaltene Eigentum als Nebenrecht zur Forderung auf den Neugläubiger übergeht. Für Nw siehe *Aynès/Crocq,* Les sûretés[10] 461 (n° 805).

1399 Vgl *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 702 (n° 752); *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 173 f. Dass der Kaufvertrag weiter bestehe, schade nicht, weil es der Käufer versäumt habe, die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch ein Zahlungsangebot abzuwenden, und deshalb seines Anspruchs auf Erfüllung verlustig gegangen sei; vgl *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 642 f (n° 860); *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 174.

1400 Vgl Art 624-16 Abs 4 Ccom und *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 699 (n° 751).

1401 Vgl etwa *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 444 f (n° 599); *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 174.

1402 Zum DCFR einführend V.A.2.e.(i.) sowie näher V.B.3. und V.E. Zur Beschränkung der Rechtswirkungen vorbehaltenen Eigentums auf jene eines bloßen *security interest* iSd Article 9 UCC siehe § 2-401(1) UCC.

In einem Punkt entspricht das französische Modell jedoch sehr wohl dem »klassischen« Verständnis des Eigentumsvorbehalts: Die Realisierung erfolgt durch **Herausgabe** der Kaufsache an den Verkäufer-Gläubiger (und nicht durch vorrangige Befriedigung aus der Verwertung). Art 2371 Abs 1 Cc spricht insofern technisch neutral von einem Anspruch auf »Rückgabe« der Sache *(restitution)*, die insolvenzrechtlichen Regelungen im Code de commerce nennen den Anspruch, der Eigentümerstellung des Verkäufers entsprechend, eine *revendication*, was auch der üblichen Diktion im Schrifttum entspricht.[1403]

Auf andere Aspekte in Zusammenhang mit der Realisierung des Eigentumsvorbehalts sei hier lediglich kurz hingewiesen: Die Herausgabe in der Käuferinsolvenz setzt voraus, dass die Kaufsache bei Insolvenzeröffnung noch »in natura« *(en nature)* vorhanden ist;[1404] wurde sie bereits verkauft, kann der noch offene Anspruch auf den Kaufpreis »vindiziert« werden.[1405]

b. Hinweise zu »Sonderformen« des Eigentumsvorbehalts

Die in anderen Rechtsordnungen in verschiedenen Spielarten bekannten oder zumindest diskutierten vertraglichen »Ausdehnungen« des Eigentumsvorbehalts spielen in Frankreich keine besondere Rolle. Ein »**erweiterter**« Eigentumsvorbehalt, vermöge dessen neben der eigentlichen Kaufpreisforderung auch weitere Forderungen des Verkäufers gesichert werden sollen, wird traditionell nicht anerkannt.[1406] Auch eine vertragliche Fortsetzung der Verkäufersicherung für den Fall der **Verarbeitung** des Vorbehaltsguts gilt jedenfalls in der Insolvenz des Käufers als unwirksam: Zwar sind die einschlägigen Art 570, 571 Cc grundsätzlich dispositiver Natur, doch setzt ein Aussonderungsrecht nach den bereits erwähnten insolvenzrechtlichen Bestimmungen gerade voraus, dass das Vorbehaltsgut noch »in

1403 Vgl etwa Art L624-16 ff Ccom und *Simler/Delebecque,* Les sûretés[7] 699 ff (n° 751 f); *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 638 ff (n° 858 ff).

1404 Art L624-16 Abs 2 Ccom; Beispiele zur reichhaltigen Kasuistik betreffend das noch-Vorhandensein *en nature* bei *Menne,* Sicherung des Warenlieferanten 76 ff; *Aichinger,* Eigentumsvorbehalt 71 f (zB wurde in der Zerteilung von beim Verkauf noch lebenden Ochsen in Rinderstücke keine Änderung der »Natur« der Kaufsache gesehen). Eine erwähnenswerte Sonderregelung existiert für den Verkauf vertretbarer Sachen: Gemäß Art L624-16 Abs 3 Ccom kann der Vorbehaltsverkäufer vertretbarer Sachen eine entsprechende Menge von Gegenständen der entsprechenden Art und Menge aussondern, auch wenn es sich bei den einzelnen Stücken gar nicht um solche »des Verkäufers« handeln sollte. Dieser Gedanke ist nun auch in Art 2369 Cc abgebildet. Vgl auch *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 638 ff (n° 858).

1405 Hierzu und zum entsprechenden Anspruch auf die Versicherungssumme bei Zerstörung der Sache bereits oben IV.C.4.c. bei FN 1376.

1406 Zur Rechtslage vor den Reformen von 2006 und 2007 etwa *Menne,* Sicherung des Warenlieferanten 122 ff mwN; zur neuen Rechtslage mit gleichem Ergebnis *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 172. Die Bestellung einer Sicherungs-*fiducie* mit funktional entsprechendem Ergebnis ist wohl denkbar, wird hier jedoch nicht weiterverfolgt.

natura« vorhanden ist, was im Fall der Verarbeitung typischerweise (auch wenn die französische Rechtsprechung insoweit traditionell großzügig agiert) gerade nicht der Fall ist.[1407]

Lediglich die Sicherung des Vorbehaltsverkäufers im Fall des **Weiterverkaufs** von Vorbehaltsgut ist anerkannt. Sie erfolgt allerdings traditionell nicht durch Vorab-Sicherungszession der vom Vorbehaltskäufer zu begründenden Kaufpreisforderungen aus den einzelnen Weiterverkaufsgeschäften, sondern durch dingliche Subrogation des Vorbehaltsverkäufers in diese Kaufpreisforderungen, womit eine insolvenzfeste »Kaufpreisvindikation« eröffnet wird.[1408] Zu ergänzen ist an dieser Stelle, dass sich der solcherart in die Kaufpreisforderung aus der Weiterveräußerung eintretende Vorbehaltsverkäufer nach der Rechtsprechung auch gegen einen Dritten (etwa die Hausbank des Vorbehaltskäufers) durchsetzt, dem der Vorbehaltskäufer die Forderungen aus den Weiterverkäufen rechtsgeschäftlich abgetreten hat: Die Kaufpreisforderung tritt im Vermögen des Vorbehaltsverkäufers an die Stelle der verkauften Sache, die im Zeitpunkt des Weiterverkaufs immer noch in seinem Eigentum stand. Somit entsteht die Kaufpreisforderung von Anfang an im Vermögen des Vorbehaltsverkäufers; im Gegenschluss stand sie (wie auch die Sache) dem Vorbehaltskäufer im Zeitpunkt ihres Entstehens gar nicht zu, sodass dessen Abtretung an den dritten Zessionar am *nemo plus iuris*-Grundsatz scheitern muss.[1409] Im Ergebnis entspricht dies der deutschen »Vertragsbruchtheorie«.

D. Das neue belgische Recht der Mobiliarsicherheiten

1. Einführung in die jüngere belgische Rechtsentwicklung

In seiner bis 2017 geltenden Fassung ähnelt das belgische Mobiliarsicherungsrecht in groben Zügen dem französischen Rechtszustand vor der Reform 2006. Das gilt insbesondere, aber nicht ausschließlich, für die im (belgischen) Code civil selbst enthaltenen Bestimmungen, liegt doch auch diesem der Code Napoleon von 1804

1407 Vgl etwa *Menne,* Sicherung des Warenlieferanten 84 ff mwN und den von *Aichinger* referierten Fall in FN 1404.

1408 Art 2372 Cc und Art L624-18 Ccom; hierzu mit Nw bereits oben IV.C.4.c. bei FN 1376.

1409 Cour cass 20.6.1989, n° 88-11.720, Bull civ 1989 IV, n° 197; vgl auch Cass com 26.4.2000, n° 97-21.487 und hierzu mit rechtsvergleichender Perspektive *Sagaert,* Cour de cassation française, 26 Avril 2000 – priority conflict between the seller under title retention and the assignee of the resale claim, ERPL 2002, 823; wN bei *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] 643 f (n° 861). Zu dieser Thematik, insbesondere zur französischen Diskussion vor Verfestigung der oben referierten Judikatur, auch *Kalomiris,* Verlängerter Eigentumsvorbehalt, Ersatzaussonderung des Weiterverkaufspreises, Sicherungs(global)zession und ihre Kollision im deutsch-französischen Warenverkehr, insbesondere im Konkurs des Käufers (1992) 91 ff; *Menne,* Sicherung des Warenlieferanten 108 ff.

zugrunde und sind dessen Bestimmungen besonders beim Fahrnispfand (Art 2073-2084 aF belg Cc) nur in eher geringem Umfang geändert worden. Als **Eckpunkte** hinsichtlich **des bis 2017 geltenden Rechts** mögen daher folgende Hinweise genügen:[1410] Das Faustpfandprinzip ist weiterhin Ausgangspunkt bei der Verpfändung beweglicher körperlicher Sachen (Art 2076 aF belg Cc). Beim Forderungspfand hat man sich allerdings im Jahr 1994 von der Drittschuldnerverständigung als Drittwirksamkeitsvoraussetzung gelöst, indem Art 2075 Abs 1 aF belg Cc anordnet, dass der Pfandgläubiger durch Abschluss des Verpfändungsvertrags den »Besitz an der Forderung« erwirbt. Ähnlich wie in Frankreich, jedoch in weit geringerer Anzahl, haben sich in Reaktion auf das Faustpfandprinzip Registerpfandrechte herausgebildet. Das in der Praxis bedeutsamste ist ein durch Gesetz vom 25.10.1919 eingeführtes »Unternehmenspfandrecht« *(gage sur fonds de commerce/pand op handelszaak).* Im Gegensatz zum französischen Gegenstück[1411] erlaubt dieses Modell bei entsprechender Vereinbarung auch die Verpfändung von Waren- und Forderungsbeständen. Eine generische Umschreibung (zB »alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen«) genügt. In Bezug auf Warenbestände ist allerdings vorgesehen, dass sich das Sicherungsrecht nur auf 50 % des Warenwerts im Zeitpunkt der Verwertung (im Insolvenzverfahren oder im Wege der Einzelzwangsvollstreckung) erstreckt. Weitere Ähnlichkeiten mit dem französischen Recht vor 2006 betreffen die ebenfalls erheblich reservierte Haltung der belgischen Rechtsprechung gegenüber Eigentumssicherheiten: Sicherungsübereignungen (im Sinne des deutschen oder österreichischen Rechts) spielen praktisch keine Rolle, Sicherungszessionen sind außer in gesetzlich explizit vorgesehenen Fällen nicht drittwirksam. Die Drittwirksamkeit des (einfachen) Eigentumsvorbehalts wurde erst durch eine Insolvenzrechtsreform 1997 zumindest punktuell anerkannt. Ebenfalls charakteristisch ist die starke Verbreitung gesetzlicher Rangprivilegien.

Der eigentliche Anlass zur Befassung mit dem belgischen Recht im Rahmen dieser Arbeit ist ein anderer: Mit **Gesetz vom 11.7.2013** hat der belgische Gesetzgeber das Mobiliarsicherungsrecht vollkommen neu geordnet.[1412] Der Kernbestand

1410 Siehe zum Folgenden die Darstellungen bei *Dirix,* Belgium, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Tangibles 221; *Dirix/Peeters,* Belgium, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Cross-Border Security over Receivables (2009) 219; *Scholl,* Die Reform des belgischen Mobiliarkreditsicherungsrechts (2018) 17 ff.

1411 Zum französischen *gage sur fonds de commerce* oben IV.C.2.b. – Das belgische Modell umfasst jedenfalls die Verpfändung bestimmter als wesentlich erachteter Vermögenswerte eines Unternehmens (zB Betriebsmittel, Goodwill, Markenrechte). Unbewegliches Vermögen ist nicht umfasst. Anzumerken ist ferner, dass das belgische »Unternehmenspfandrecht« nur gegenüber Banken und Finanzinstituten und nur zur Besicherung von Kreditforderungen (die aber neben gegenwärtigen auch zukünftige sein können) bestellt werden kann.

1412 *Loi modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière* bzw *Wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake,* n° 2013009377,

der neuen Bestimmungen wird in Buch III, Titel XVII des belgischen Code civil – neu übertitelt mit *»Des sûretés réelles mobilières«* bzw *»Zakelijke zekerheden op roerende goederen«* – integriert und ersetzt die bisherigen Normen dieses Teils (betreffend *nantissement, gage* und *antichrèse).*[1413] Innerhalb dieses Titels des Cc beginnt die Artikelnummerierung allerdings mit der Zahl eins neu zu laufen. In der Praxis dürften sich für den betreffenden Titel des Cc Kurzbezeichnungen durchsetzen. Im Schrifttum haben zunächst die Bezeichnungen *»Loi sur les sûretés réelles mobilières«* bzw *»Pandwet«* Verbreitung gefunden.[1414] In der später erlassenen Ausführungsverordnung zur Registrierung bedient sich der Gesetzgeber selbst der Kurzformen *»Loi sur le gage«* bzw *»Pandwet«.*[1415] Die nachfolgende Darstellung greift diese Diktion auf und zitiert die belgischen Neuregelungen entsprechend als »Pfandgesetz« (wobei die einschlägigen Rechtsbegriffe zT zwecks leichterer Lesbarkeit nur in französischer Sprache angeführt werden). Durch weitere Bestimmungen des Reformgesetzes werden die oben erwähnten Sonderregelungen, insbesondere betreffend den *gage sur fonds de commerce,* abgeschafft.[1416] Im

---

publiziert im Belgischen Gesetzblatt *(Moniteur Belge/Belgisch Staatsblad)* vom 2.8.2013, S 48463. Aus dem Schrifttum etwa *Dirix,* The New Belgian Act on Security Interests in Movable Property, Int Insolv Rev 2014, 171; *Derijcke,* La réforme des sûretés réelles mobilières, TBH 2013, 691; *Georges,* La réforme des sûretés mobilières, Ius & actores 2013/3, 59; siehe auch *Morell/Helsen,* The Interrelation of Transparency and Availability of Collateral: German and Belgian Laws of Non-possessory Security Interests, ERPL 2014, 393; *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (231 ff); ferner die Beiträge in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014); *Caeymaex/Cavenaile,* Manuel des sûretés mobilières (2016); *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017); *Durant* (Hrsg), Les sûretés réelles mobilières (2017). In deutscher Sprache nun auch *Scholl,* Reform 31 ff.

1413 Der Begriff *nantissement* kommt in den neuen Bestimmungen nicht mehr vor; der *gage* wird zum allgemeinen Mobiliarsicherungsinstrument (mit Ausnahme von Eigentumsvorbehalt, Retentionsrecht und den verbliebenen Privilegien, vgl unten IV.D.2.). Die Antichresis wird mangels praktischer Bedeutung abgeschafft; vgl den *Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Carina van Cauter,* DOC 53 2463/005, 23. – Bei den solcherart zitierten Materialien handelt es sich um Dokumente der belgischen Abgeordnetenkammer *(Chambre des répresentants de Belgique/Belgische kamer van volksvertegenwoordigers).* Die Zahl 53 steht für die Gesetzgebungsperiode, 2463 ist die Basisnummer des Gesetzgebungsprojekts, 005 die Folgenummer innerhalb dieses Verfahrens. Zum hier aufgrund der Ausrichtung auf das Mobiliarsicherungsrecht nicht weiter vertieften Bedeutungsverlust der *antichrèse* im belgischen Recht ferner *R. Jansen,* Algemene beginselen bij de verpanding van roerende goederen, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 65 (nr 28).

1414 Vgl *Baeck,* Achtergrond en krachtlijnen van de hervorming, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 1 (nr 13). Nicht durchgesetzt hat sich eine Artikelzählung unter Bezugnahme auf den Regelungsort im Cc nach dem Muster »Art 1 Cc, L(ivre) III, t(itre) XVII«; so bei *Derijcke,* TBH 2013, 691 (695 f mit Kritik zur autonomen Zählung) und passim.

1415 Siehe Art 1 Z 1 *Arrêté royal portant exécution des articles du titre XVII du livre III du Code civil, concernant l'utilisation du Registre national des Gages/Koninklijk Besluit tot uitvoering van de artikelen van titel XVII van boek III van het Burgerlijk Wetboek, die het gebruik van het Nationaal Pandregister betreffen,* MB/BS 26.9.2017, 88043 (Verordnungstext ab 88047).

1416 Siehe insbesondere Art 103 ff Pfandgesetz (FN 1412). Abgeschafft werden neben diesem »Unternehmenspfandrecht« insbesondere ein Unternehmenspfandrecht für landwirtschaftliche

Gegensatz zu den Reformen des französischen Rechts ab 2006, die alte Sonderbestimmungen beibehalten und durch modernisierte Bestimmungen vor allem im allgemeinen Zivilrecht ergänzt haben, kann man im Fall der belgischen Reform tatsächlich von einer grundlegenden Neuausrichtung mit quasi ganzheitlichem Ansatz sprechen.[1417]

Die mit besagtem Gesetz vom 11.7.2013 geschaffenen Neuregelungen hätten zunächst spätestens am 1.12.2014 in Kraft treten sollen.[1418] Dieser Termin erwies sich allerdings als nicht haltbar. Hauptproblem waren die Einrichtung eines neuen Pfandregisters und dabei aufgetretene Bedenken insbesondere in Hinblick auf den Schutz des Privatlebens, das durch ein allgemein zugängliches öffentliches Register beeinträchtig werden könnte.[1419] Das Inkrafttreten wurde daher zunächst auf den 1.1.2017 verschoben, was sich freilich neuerlich als zu knapp erwies.[1420] Schließlich wurde mit **Gesetz vom 25.12.2016** eine Entscheidung zugunsten eines unbeschränkt öffentlich zugänglichen digitalen Registers getroffen.[1421] Zudem wurden mit diesem Gesetz einige materiellrechtliche Bestimmungen des ursprünglichen Gesetzes vom 11.7.2013 geändert.[1422] In dieser Fassung sind die Neuregelungen mit **1.1.2018 in Kraft** getreten; das neu geschaffene Register ist ebenfalls seit diesem Datum operativ. Soweit dies im Kontext möglicher künftiger nationaler oder internationaler Reformdiskussionen von Interesse ist, werden im

---

Betriebe und die Besicherung mittels *warrants* (vgl zum französischen Pendant oben IV.C.2.b.). Von den bisherigen Registerpfand-Systemen bleibt nur jenes für Schiffe bestehen.

1417 Der belgische Gesetzgeber wollte diese Ineffizienz der französischen Reform vermeiden; vgl *Dirix/Sagaert,* The New Belgian Act on security rights in movable property, EPLJ 2014, 231 (241). Im Schrifttum hätte man sich zT eine noch konsequentere Verfolgung des umfassenden Ansatzes gewünscht und bedauert, dass der Gesetzgeber nicht auch andere gesetzliche Bestimmungen über das Mobiliarpfand aufgehoben und in den Code civil integriert hat, wie insbesondere das Gesetz vom 15.12.2004 über Finanzsicherheiten und die Regelungen des Hypothekengesetzes betreffend Rangprivilegien. Auch die unterlassene Einbeziehung von Leasingkonstruktionen wird moniert. Siehe in diesem Sinne *Nicaise,* Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016, in *Durant* (Hrsg), Les sûretés réelles mobilières (2017) 9 (n° 8 und 12).

1418 Art 109 Pfandgesetz in seiner ursprünglichen Fassung (Gesetz vom 11.7.2013, n° 2013009377); vgl etwa *Dirix,* Int Insolv Rev 2014, 171 (171). Das genaue Datum des Inkrafttretens war einer königlichen Verordnung vorbehalten.

1419 Vgl *Avis de la Commission de la protection de la vie privée/Advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer,* no 19/2016 vom 27.4.2016; siehe auch *Berlee,* Meer aandacht voor privacy in de openbare registers? NJB 2015, 1520 (1525 f) mit Hinweis auf den beschränkten, an ein berechtigtes Interesse geknüpften Zugang zum deutschen Grundbuch.

1420 Die Einrichtung des Registers dauerte schlichtweg viel länger als gedacht; vgl *Exposé des motifs,* DOC 54 2138/001, 4.

1421 *Loi modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières* bzw *Wet houdende de wijziging van verscheidene bepalingen betreffende de zakelijke zekerheden op roerende goederen,* n° 2016009652, publiziert im *Moniteur Belge/Belgisch Staatsblad* vom 30.12.2016, S 91950.

1422 Beispielsweise wurden die Möglichkeit zur Registrierung von Pfandrechten an Forderungen abgeschafft (siehe unten IV.D.3.b.) und die Regelungen zur Registrierung eines Eigentumsvorbehalts verbessert.

Folgenden neben der endgültigen Rechtslage nach dem Gesetz vom 25.12.2016 auch die Rechtsschicht des ursprünglichen Reformgesetzes vom 11.7.2013 sowie die Gründe für die zwischenzeitlich erfolgten Modifikationen beleuchtet.

Ein weiterer Eingriff durch den Gesetzgeber hat sich durch die Einführung eines neuen, grundlegend **rekodifizierten Buchs III zum Sachenrecht** in den belgischen Code civil mit Gesetz vom 4.2.2020 ergeben,[1423] dessen Bestimmungen mit **1.9.2021 in Kraft** getreten sind. Es handelt sich dabei (nach dem bereits mit 1.11.2020 in Kraft getretenen Buch VIII zum Beweisrecht) um den ersten materiellrechtlichen »Block« eines neuen, auf insgesamt neun »Bücher« ausgelegten belgischen Code civil.[1424] Das Mobiliarsicherheitenrecht ist von dieser Reform allerdings nicht unmittelbar betroffen. Für Sicherungsrechte ist ein eigenes Buch VII im neuen belgischen Cc reserviert. Ob mit der – noch bevorstehenden – Einführung dieses Buchs inhaltliche Änderungen des gegenwärtigen Mobiliarsicherheitenrechts einhergehen werden, ist dem Verfasser nicht bekannt. Die 2021 in Kraft getretenen Bestimmungen des Buchs III zum Sachenrecht befassen sich mit Sicherungsrechten jedenfalls nicht unmittelbar. Im Pfandgesetz wurden im Zuge dieser Novellierung lediglich einige Verweise auf die neuen Bestimmungen in Buch III umgestellt. Inhaltliche Änderungen ergeben sich daraus entweder nicht oder sind marginal. Hierauf wird in der nachfolgenden Darstellung an jeweils passender Stelle hingewiesen.

2. Wesentliche Grundzüge des neuen Rechts

Das Reformwerk von 2013 bzw 2016 folgt weitestgehend dem Vorschlag einer vom belgischen Justizminister *De Clerck* eingerichteten und von Professor *Eric Dirix* geleiteten Expertengruppe, deren Ergebnisse samt Gesetzesvorschlag und Begründungen am 14.10.2011 veröffentlicht wurden.[1425] Die Arbeit dieser Gruppe ist insoweit bemerkenswert, als nicht nur dem rechtsvergleichenden Blick auf wichtige

1423 *Loi portant de livre 3 »Les biens« du Code civil/Wet houdende boek 3 »Goederen« van het Burgerlijk Wetboek* vom 4.2.2020, veröffentlicht im Belgischen Gesetzblatt vom 17.3.2020, *numac* 2020020347. Einführend hierzu *Sagaert,* The background and general principles of the new Belgian property law, EPLJ 2021, 3, sowie die nach Themenschwerpunkten gegliederten Beiträge im Sonderheft 2021/1 des EPLJ samt englischer Übersetzung in EPLJ 2021, 108.

1424 Siehe *Sagaert,* EPLJ 2021, 3 (4f).

1425 *Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières* bzw *Voorontwerp van wet tot wijziging van het burgerlijk wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft,* 53K2463/001, 78, im Folgenden zitiert als *»Avant-projet«.* Die niederländische Fassung dieses Entwurfs ist abgedruckt bei *Dirix,* De hervorming van de roerende zakelijke zekerheden (2013) 130. Vor Einsetzung der Expertengruppe hatte der Justizminister Anfang 2010 an *Dirix* den Auftrag zur Vorbereitung einer Gesetzesreform erteilt, dessen Bericht samt Gesetzesvorschlag am 12.7.2010 vorgelegt wurde und der genannten Expertengruppe als Diskussionsgrundlage diente. Zur Gesetzgebungsgeschichte *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (62ff); *Derijcke,* TBH 2013, 691 (693ff).

Nachbarrechtsordnungen wie die Niederlande, Deutschland und namentlich das neue französische Recht eine wichtige Rolle beigemessen wurde, sondern insbesondere – soweit ersichtlich erstmals in Europa – in mehrfacher Hinsicht ausdrücklich auf Buch IX DCFR und den UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions als Vorbild zurückgegriffen worden ist.[1426] Dieser Ansatz wurde auch in die Gesetzesmaterialien des belgischen Parlaments übernommen, die sich im Übrigen explizit zum Ziel setzen, einen Beitrag zur Harmonisierung des Mobiliarsicherungsrechts in Europa zu leisten.[1427] Dem Vorbild des DCFR wird allerdings keineswegs sklavisch gefolgt: Strukturell folgt das neue belgische Mobiliarsicherheiten-Kapitel einem völlig anderen Aufbau; auch hinsichtlich einiger – auch wesentlicher – Konzepte gibt es Abweichungen.

Bereits in einem ganz grundlegenden Aspekt ist der Einfluss des UNCITRAL Legislative Guide und des DCFR überdeutlich: Das neue belgische Recht kommt – neben Eigentumsvorbehalt und Retentionsrecht – mit einem einzigen Typus eines vertraglich begründeten Mobiliarsicherungsrechts aus. Dieser ***functional approach*** wird sogar zu einem von fünf zentralen Ausgangspunkten der Reform erhoben.[1428] Das einheitliche Sicherungsrecht wird allerdings weiterhin mit dem traditionellen Begriff *gage/pand* (Pfandrecht) bezeichnet.[1429] Die in Art 1 Pfandgesetz gegebene Definition des *gage* versteht sich dementsprechend als funktionale anstatt als formal-technische, indem auf den wesentlichen rechtlichen Effekt der Pfandrechtsbegründung verwiesen wird:[1430] das Recht des gesicherten Gläubigers, sich aus der belasteten Sache vorrangig gegenüber anderen Gläubigern zu befriedigen. Es steht also zu vermuten, dass ein belgisches Gericht, sollte es

---

1426 Siehe allgemein *Avant-projet* 9 f; *Dirix,* Int Insolv Rev 2014, 171 (172, 179 f); *Dirix,* De nieuwe Pandwet: doelstellingen en uitgangspunten, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 1 (nr 4, 19 ff). Auch auf Art 9 UCC, der wiederum den beiden Modellregelwerken als Vorbild dient, wird Bezug genommen.

1427 Zur Vorbildwirkung der beiden genannten Modellregelwerke in den Gesetzesmaterialien namentlich das *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 10 ff, das den Text des *Avant-projet* (aaO FN 1426) übernimmt. Da sich die Texte dieser beiden Dokumente weitgehend gleichen, wird im Folgenden meist nur aus den parlamentarischen Materialien zitiert.

1428 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 10 mit Verweis auf Empfehlung 8 des UNCITRAL Legislative Guide. Zur zentralen Bedeutung dieses *functional approach* auch aaO 16 mit Hinweis auf Art 9 UCC und Buch IX DCFR. Im Gegensatz zum UCC, der dingliche Mobiliarsicherungsrechte überhaupt auf einen einzigen Typus von *security interest* reduziert (vgl zB zum Eigentumsvorbehalt ausdrücklich § 2-401(1) UCC), behält das belgische Recht den Eigentumsvorbehalt als eigenständige Kategorie bei und steht insoweit dem DCFR nahe (vgl insbesondere IX.–1:101(1) und IX.–1:103 DCFR); beide Regelwerke nähern den Eigentumsvorbehalt jedoch in vielen Aspekten einem »reinen Sicherungsrecht« an. Zum Ansatz des DCFR einführend unten V.A.2.b. unter 3. und V.A.2.e.(i.).

1429 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 17, unmittelbar gefolgt von dem Hinweis, man müsse sich gleichwohl bewusst sein, dass das Konzept des *gage* eine fundamentale Modifikation erfahren habe.

1430 Vgl etwa *Morell/Helsen,* ERPL 2014, 393 (419).

nach neuem Recht beispielsweise über eine Vereinbarung zur Begründung von »Sicherungseigentum« zu befinden haben, dies im Sinne des gewählten funktionalen Ansatzes als grundsätzlich wirksame Begründung eines *gage* werten und den für den *gage* angeordneten Regeln unterwerfen (also insbesondere für die Drittwirksamkeit Registrierung oder Besitzaufgabe verlangen) wird.[1431] In gleicher Weise wird gemäß Art 62 Pfandgesetz die sicherungsweise »Zession« einer Forderung von Gesetzes wegen in ihren Rechtswirkungen mit einem Pfandrecht an der Forderung gleichgestellt: Die Zession ist wirksam, bewirkt aber keine weitergehende Sicherheit als ein Pfandrecht.[1432] Unterschiedliche Auslegungen des ursprünglichen Reformgesetzes vom 11.7.2013 haben allerdings dazu geführt, dass Art 62 Pfandgesetz durch das Gesetz vom 25.12.2016 in dem Sinne präzisiert wurde, dass die formalen Bedingungen für den Nachweis einer Forderungsverpfändung (Art 61 Pfandgesetz)[1433] bei einer sicherungsweisen Zession einer Forderung nicht erfüllt sein müssen, es sei denn, der Zedent ist Verbraucher. Eine vollkommene »funktionale« Gleichbehandlung von Forderungspfand und Sicherungszession wird somit nicht (mehr) erreicht.

Der grundsätzlich einheitliche Ansatz zeigt sich allerdings auch in sonstiger Hinsicht: Ein *gage* kann an jeglicher Art von beweglicher Sache[1434] bestellt werden, sei sie körperlich oder unkörperlich, oder auch an einer Gesamtheit *(ensemble)* von Vermögenswerten. In Anwendung dieser Grundregel ausdrücklich weiterhin möglich ist insbesondere die Verpfändung des beweglichen Vermögens eines gesamten Unternehmens *(gage sur fonds de commerce/pand op handelszaak).*[1435] Im

---

1431 Damit würden, dem Bekenntnis zu einem *functional approach* in der Gesetzesbegründung entsprechend, »analoge Sicherungsformen … dieselben rechtlichen Effekte unabhängig von ihren konzeptionellen Unterschieden« entfalten; vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 10. Zur Beschränkung von Sicherungseigentum auf einen *gage* auch *Derijcke,* TBH 2013, 691 (699 f). Hierfür spricht ferner die vom Gesetzgeber ebenfalls bewusst vorgenommene Konzipierung des Eigentumsvorbehalts als »Sicherungsrecht«. Hierzu wird in den Materialien festgehalten, dass dieser Ansatz – die Behandlung des Eigentumsvorbehalts als Sicherungsrecht – auch die in anderen Fällen zu befolgende Linie vorgeben soll, in denen das Eigentumsrecht als Sicherungsinstrument verwendet wird. Siehe *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 30.

1432 *Exposé des motifs* aaO 29. Siehe hierzu auch *Dirix* in *Storme,* Roerende zekerheden 1 (nr 15–18); kritisch *Nicaise* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 9 (n° 8 und 44 f).

1433 Vgl unten IV.D.3.b.

1434 Pfandbestellungen an unbeweglichen Sachen unterliegen nicht den Bestimmungen des »Pfandgesetzes«. So kann der Eigentümer einer Maschine, die aufgrund einer Widmung zur Nutzung einer ebenfalls in seinem Eigentum stehenden Liegenschaft rechtlich als unbeweglich gilt, an dieser Maschine kein *gage* bestellen. Möglich ist die Bestellung eines *gage* jedoch, wenn die Maschine zur Nutzung einer bloß gemieteten Liegenschaft gewidmet ist, da dies nicht dazu führt, dass die Maschine durch Widmung als unbeweglich gilt. *Baeck* äußert ob dieser Differenzierung Bedenken in Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz. Siehe *Baeck,* Het nieuwe pandrecht, RW 2015–2016, 1209 (1212).

1435 Siehe Art 7 Abs 2 Pfandgesetz und *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 20, 37 f. Die Bestimmung versteht sich als Umsetzung von Empfehlung 17 des UNCITRAL Legislative Guide. Vgl ferner *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (73 ff); *Derijcke,* TBH 2013, 691 (702 f). Zugleich wollte

Fall der Verpfändung eines »Ensembles« genügt es, dass dessen Bestandteile »hinreichend bestimmt« sind.[1436] Das Sicherungsgut kann gegenwärtiges oder zukünftiges Vermögen sein (Art 8 Pfandgesetz).[1437] Gesichert werden kann eine (oder mehrere) gegenwärtige oder zukünftige Forderung(en), vorausgesetzt diese sind zumindest identifizierbar (Art 10 Abs 1 Pfandgesetz). Die Sicherung sämtlicher Forderungen des Gläubigers gegenüber dem Sicherungsgeber genügt diesen Anforderungen.[1438] In jedem Fall muss der Pfandbestellungsvertrag einen Höchstbetrag für die eingeräumte Sicherung enthalten (Art 10 Abs 2 Pfandgesetz).

Zweites Hauptcharakteristikum der Reform ist die Neuausrichtung der Regeln über die Drittwirksamkeit. Hauptfall und Leitbild ist nun die **Registrierung** in einem nationalen, elektronisch geführten Pfandregister (Art 15, 26 ff Pfandgesetz).[1439] Daneben besteht für bewegliche körperliche Sachen weiterhin die Möglichkeit der Besitzübertragung[1440] (Art 39 ff Pfandgesetz), was allerdings eine entsprechende Vereinbarung voraussetzt.[1441] Für Forderungen konnte nach dem ursprünglichen Reformgesetz vom 11.7.2013 die Drittwirksamkeit sowohl durch Registrierung als auch durch Verschaffung von *contrôle* (einer Art fiktiver Besitzübertragung) bewirkt werden.[1442] Die Möglichkeit der Registrierung von Pfandrechten an Forderungen wurde allerdings im Zuge der Novellierung durch das Gesetz von 25.12.2016 wieder beseitigt, sodass die Drittwirksamkeit eines Forderungspfands nunmehr ausschließlich durch *contrôle* hergestellt werden

---

der Gesetzgeber den vormaligen Rechtsbestand bei der Übernahme in das Pfandgesetz – von einigen kleineren Änderungen abgesehen – inhaltlich bewahren, auch um weiterhin an die bestehende Rechtsprechung anknüpfen zu können. Siehe *Steennot,* Algemene regeling van het pand, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 27 (nr 27). So sollen auch unbewegliche Sachen durch Widmung zum Pfand an der Gesamtheit gehören können; siehe *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1212). Die vormalige Beschränkung des Sicherungsrechts auf 50 % des vorhandenen Warenwerts wird jedoch abgeschafft; vgl hierzu und zu weiteren Aspekten *Scholl,* Reform 39 f.

1436 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 19, 37. Vgl auch *Scholl,* Reform 37 f.

1437 Siehe auch Art 63 Pfandgesetz zur Verpfändung zukünftiger Forderungen. Diese ist möglich, vorausgesetzt, die Forderungen sind bestimmbar.

1438 Vgl *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 39).

1439 Als Ziele des neuen Publizitätssystems werden die objektive Information Dritter über das Bestehen von Pfandrechten sowie die rechtssichere Lösung von Prioritätskonflikten gesehen; siehe *Georges,* Opposabilité des sûretés réelles mobilières et conflits de rang, in *Durant* (Hrsg), Les sûretés réelles mobilières (2017) 83 (nr 1 FN 8).

1440 Kritik an diesem zweispurigen System bei *Nicaise* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 9 (nr 8, 13). Vgl auch *Georges* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 83 (nr 14): Man habe nicht als einziges europäisches Land eine allgemeine Registrierungspflicht und die Unwirksamkeit des Faustpfands einführen wollen.

1441 Zur neuen Rechtslage wird betont, dass der Sicherungsgeber nur dann zur Übergabe der Sache an den Gläubiger gezwungen werden kann, wenn die Parteien die Übergabe vereinbart haben; siehe *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 57).

1442 Auf dieses zweitgenannte Konzept der »Kontrolle« ist im nachfolgenden Kapitel IV.D.3.b. unter 3. noch etwas näher einzugehen.

kann.[1443] Der Leitbildcharakter der Registrierung wird hierdurch zwar beschnitten, aber nicht aufgegeben. Als Vorteile der Registrierung werden hervorgehoben, (1) dass der Sicherungsgeber das Sicherungsgut weiter in seinem Betrieb verwenden kann, unter anderem um die Mittel zur Rückführung des Kredits zu erwirtschaften; (2) dass der Pfandgläubiger oft rein faktisch gar nicht in der Lage wäre, das Sicherungsgut zu verwalten; (3) dass das Sicherungsgut mehrmals verpfändet werden kann, vor allem wenn der Wert des Sicherungsguts den Wert der erstrangig gesicherten Schuldforderung übersteigt; und (4) dass auch eine Pfandbestellung an zukünftigen Sachen ermöglicht wird.[1444]

Eine Sonderrolle spielt – neben dem hier nicht weiter erörterten Geldsummenpfand[1445] – der **Eigentumsvorbehalt.** Er wird, ähnlich wie in Frankreich, nun ebenfalls erstmals im Code civil geregelt und entspricht auch hinsichtlich seiner konzeptionellen Ausrichtung dem französischen Pendant: Zwar erfolgt die Durchsetzung auch hier durch Rücknahme der Kaufsache, im Übrigen ist der Eigentumsvorbehalt jedoch als **Sicherungsrecht** konzipiert. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass seine Geltendmachung keinen Rücktritt vom Vertrag voraussetzt und dass der Wert der zurückgenommenen Sache gemäß Art 72 Pfandgesetz auf die (weiterhin bestehende) Kaufpreisforderung anzurechnen ist. Sollte dieser Wert den offenen Restbetrag der gesicherten Forderung übersteigen, ist der Verkäufer verpflichtet, den Saldo an den Käufer auszubezahlen.[1446] Die Eigentumsvorbehaltsklausel muss ähnlich wie in Frankreich spätestens bei Lieferung der Sache schriftlich festgehalten werden (Art 69 Pfandgesetz). Weitere Voraussetzungen sind grundsätzlich nicht vorgesehen.[1447] Hierin liegt eine grundlegende und bewusst getroffene Abweichung von den Vorbildern des UCC und des DCFR, die entsprechend ihrem funktionalen Ansatz auch beim Eigentumsvorbehalt dessen Wirkung gegenüber Dritten an eine Registrierung knüpfen. Als Begründung für diese Abweichung wird im Wesentlichen darauf verwiesen, in den Nachbarrechtsordnungen sei die Begründung eines Eigentumsvorbehalts »zurzeit« publizitätslos möglich, weshalb eine isolierte Einführung einer Publizitätspflicht in Belgien schwer vorstellbar sei. Eine (freiwillige) Registrierung im *gage*-Register ist gleich-

1443 Näher zu den Gründen dieser Änderung unten IV.D.3.b. unter 3. (vor FN 1490).

1444 *Dirix/Sagaert,* EPLJ 2014, 231 (245).

1445 Siehe Art 59 Pfandgesetz zum *gage en espèces,* mit dem lediglich der bisher außerhalb des Gesetzes entwickelte Rechtszustand kodifiziert wird *(Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 64). Mit Vermengung wird der Pfandgläubiger Eigentümer mit Verpflichtung zur Rückzahlung einer entsprechenden Summe, bei Fälligkeit der gesicherten Forderung können die wechselseitigen Verbindlichkeiten aufgerechnet werden.

1446 Zur konzeptionellen Einordnung des Eigentumsvorbehalts als »bloßes« Sicherungsrecht und zum angesprochenen »Bereicherungsverbot« vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 8, 18 und 30 f; *Derijcke,* TBH 2013, 691 (718 f). Zur vergleichbaren Konzeption im neuen französischen Recht oben IV.C.6.a.

1447 Näher unten IV.D.7.a.

wohl möglich (Art 26 Pfandgesetz) und verschafft dem Verkäufer verschiedene Vorteile.[1448]

Ein »funktionaler« Ansatz begegnet schließlich beim **Retentionsrecht** (Art 73–76 Pfandgesetz): Art 76 Pfandgesetz regelt dessen Rechtsfolgen schlicht dahingehend, dass diese jenen eines Pfandrechts iSd Art 1 Pfandgesetz entsprechen.[1449]

3. Begründung, Drittwirksamkeit und Priorität des Pfandrechts

a. Allgemeine Regeln

1. Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich nun auf den *gage* als zentrales Sicherungsrecht. Das (im weitesten Sinne) Entstehen des Pfandrechts als dingliches Sicherungsrechts mit all seinen Wirkungen regelt der belgische Gesetzgeber auf drei verschiedenen Ebenen. Unterschieden werden – grundsätzlich ganz im Sinne jüngerer internationaler Modellregelwerke wie des DCFR oder des UNCITRAL Model Law on Secured Transactions[1450] – zum einen die Begründung des Pfandrechts mit Wirkung zwischen den Vertragsparteien *(constitution,* Art 2 ff Pfandgesetz), zum anderen das Herbeiführen von Drittwirksamkeit *(opposabilité aux tiers,* insbesondere Art 15, 39, 60 Pfandgesetz) und schließlich das Rangverhältnis verschiedener Sicherungsrechte untereinander *(priorité,* siehe Art 15 Abs 5 und insbesondere Art 57 f Pfandgesetz). Im Vergleich zu den genannten Modellregelwerken schlägt sich diese grundlegende Differenzierung allerdings viel weniger deutlich in der Gesamtstruktur des Gesetzes nieder. Gleichwohl empfiehlt es sich, zum Zweck der Einführung in das neue belgische Mobiliarsicherungsrecht von dieser Dreigliederung auszugehen.

2. Die **Begründung** *(constitution)* eines *gage* mit Wirkung zwischen den Parteien erfolgt nunmehr durch bloße Vereinbarung (Art 2 Pfandgesetz).[1451] Insoweit werden – von Verbrauchergeschäften abgesehen[1452] – keine näheren Voraussetzungen aufgestellt.[1453] Sehr wohl näher geregelt sind dann allerdings die Anforderungen

1448 So wird ein gutgläubiger Erwerb durch einen professionellen Sacherwerber oder Pfandgläubiger verhindert und der Fortbestand des Sicherungsrechts bei Einbau in eine unbewegliche Sache gewahrt. Näher hierzu unten IV.D.6.a.

1449 Das Retentionsrecht wird im Folgenden beiseite stehen. Näher zu dessen Behandlung als »echtes« Sicherungsrecht *Malekzadem,* Retentierecht, NjW 2017, 250.

1450 Siehe unten inbesondere V.A.2.c.

1451 Wie bei der Reform in Frankreich 2006 bedeutet dies nun auch für Belgien eine Abkehr vom Konzept des Pfandvertrags als Realvertrag, was als »fundamentale Innovation« gewertet wird; so im *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 35; vgl auch *Derijcke,* TBH 2013, 691 (700); *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (71 f); *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 12); *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 9); *Scholl,* Reform 34.

1452 Zu diesen im Text ab FN 1459.

1453 Als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung ist lediglich die Verfügungsbefugnis des Pfandbestellers vorgesehen (Art 6 Abs 1 Pfandgesetz), wobei der Eigentümer seine Sache selbstver-

an den »Beweis« einer solchen Vereinbarung, und zwar in Bezug auf Form und Mindestinhalt (Art 4 Pfandgesetz):[1454] Der Beweis der Registerpfandbestellung erfordert ein Schriftstück,[1455] das eine »präzise Bezeichnung« des Sicherungsguts, der gesicherten Forderung und des Höchstbetrags zu enthalten hat, bis zu welchem die Forderung durch das Pfandrecht gesichert ist. Ist der Pfandbesteller ein Verbraucher, muss das Dokument zusätzlich den Wert der Pfandsache(n) ausweisen. Zu Unklarheiten, ob das Fehlen eines Schriftstücks iSd Art 4 Pfandgesetz zwar nicht die Wirksamkeit der Pfandrechtsbegründung inter partes, wohl aber die Drittwirksamkeit hindert, siehe alsbald.[1456] Die Regeln über das Faustpfand (bei dem die Drittwirksamkeit durch Besitzübertragung herbeigeführt wird) knüpfen den Beweis des Pfandbestellungsvertrags im Übrigen nicht an die Schriftform; hier ist jegliches Beweismittel zulässig (Art 40 Pfandgesetz).[1457] Es verwundert nicht allzusehr, dass diese unterschiedlichen Beweisanforderungen je nachdem, ob die Drittwirksamkeit durch Registrierung oder Besitzaufgabe herbeigeführt werden soll, auf Kritik stößt. Die Pfandrechtsbegründung mit Wirkug inter partes und das Herstellen von Drittwirksamkeit können ja durchaus zeitlich auseinanderfallen; auf welche

---

ständlich mit mehreren Pfandrechten belasten kann (zu letzterem Aspekt vgl etwa *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 [nr 21]). Ist der Pfandbesteller nicht verfügungsbefugt, eröffnet Art 6 Abs 2 Pfandgesetz die Möglichkeit eines gutgläubigen Pfandrechtserwerbs, wenn der Gläubiger vernünftigerweise annehmen kann, dass dem Sicherungsgeber die entsprechende Verfügungsbefugnis zukommt.

1454 Die Bestimmung versteht sich ihrem Wortlaut nach ausdrücklich als Beweisregel, nicht als Regelung materiellrechtlicher Gültigkeitsvoraussetzungen (zum Verbrauchergeschäft, wo anderes gilt, siehe nach FN 1459); vgl etwa *Scholl,* Reform 35. Die geltende Konzeption als Beweisregel hat allem Anschein nach zur Konsequenz, dass das zu Beweiszwecken geforderte Schriftstück auch zu einem späteren Zeitpunkt als dem eigentlichen Vertragsschluss aufgesetzt werden kann. Die jedenfalls aus der Außenperspektive eigentümlich anmutende Konzeption als Beweisregel bereitet freilich auch belgischen Juristen Schwierigkeiten. Teilweise werden die in Art 4 Pfandgesetz normierten Anforderungen an den Mindestinhalt als materielle Wirksamkeitsvoraussetzungen der Pfandrechtsbegründung inter partes verstanden; so bei *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 17, 19).

1455 Dabei kann es sich auch um ein elektronisches Dokument handeln, vgl *Derijcke,* TBH 2013, 691 (702) mit Hinweis auf ein Dokument aus den Gesetzesmaterialien (dort zitiert als *Rapport Sénat,* 16). Dieser Senatsbericht ist abgedruckt als *Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door Inge Faes en Yoeri Vastersavendts* (PS, Senaat, 5-1992/4, p 2–27 vom 21.12.202) bei *Dirix,* Hervorming 248 (263).

1456 Siehe IV.D.3.a. unter 3.

1457 Art 40 Pfandgesetz spricht im Gegensatz zu Art 4 Pfandgesetz tatsächlich vom »Beweis des Pfandbestellungsvertrags«, während Art 4 vom »Beweis der Pfandbestellung« (mit Wirkung inter partes) handelt. Völlig ausgegoren scheinen die konzeptuellen Grundlagen im Gesetzgebungsverfahren also noch nicht gewesen zu sein. Eine Ausnahme vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung in Hinblick auf den Pfandbestellungsvertrag im Fall der Besitzübertragung macht Art 40 Pfandgesetz dann, wenn der Pfandbesteller Verbraucher ist. Der Beweis des Pfandbestellungsvertrags setzt in diesem Fall dessen Schriftlichkeit gemäß Art 1325 oder Art 1326 Cc voraus. Vgl hierzu *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 19); *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 9).

Weise die Drittwirksamkeit bewerkstelligt werden soll, kann anfangs noch offen sein. Welche Beweisregeln dann für die Pfandrechtsbegründung inter partes gelten sollen, wird als unklar empfunden.[1458]

Besonderheiten gelten zT dann, wenn der Pfandbesteller Verbraucher ist.[1459] Zum einen gelten in diesem Fall die Beobachtung der Schriftform und die Angabe des Werts des Pfandobjekts tatsächlich als Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Pfandbestellungsvertrags.[1460] Zum anderen ist der Gesetzgeber hier in besonderer Weise um einen Schutz des Verbrauchers vor Übersicherung bemüht: Art 7 Abs 4 Pfandgesetz ordnet an, dass bei Pfandbestellung durch einen Verbraucher der Wert des Pfandobjekts höchstens das zweifache des nach Art 12 Pfandgesetz maximal gesicherten Betrags (aus Haupt- und Nebenforderungen) betragen darf.[1461]

3. Die **Drittwirksamkeit** des Pfandrechts *(opposabilité aux tiers/tegenwerpelijkheid aan derden)* setzt wie erwähnt grundsätzlich dessen Registrierung voraus (Art 15 Pfandgesetz); Näheres zu dem in Art 26 ff geregelten Registersystem wird in einem nachfolgenden Kapitel gesondert erörtert.[1462] Alternativ kann, wie ebenfalls bereits angemerkt, die Wirkung gegenüber Dritten bei der Verpfändung körperlicher Sachen durch Übergabe bewirkt werden (Art 39 Pfandgesetz). Die Drittwirksamkeit bei der Verpfändung von Forderungen erfordert nach einer Änderung durch das Gesetz vom 25. 12. 2016 zwingend die Verschaffung von »Kontrolle« über die Forderung (Art 60 Pfandgesetz; auch hierauf wird noch näher eingegangen[1463]).

1458 Siehe *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 20) mit Plädoyer für einheitliche Beweisregeln für die Pfandbestellung.

1459 Zu den besonderen Beweisanforderungen im Fall der Faustpfandbestellung bereits in FN 1457.

1460 Siehe Art 4 Abs 2 Pfandgesetz (der wiederum ausdrücklich von der Wirksamkeit des Vertrags und nicht vom Beweis desselben spricht) und *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 19 bzw 36; ferner *Steennot,* De bescherming van de consument bij pandovereenkomsten, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 125 (nr 13); *Scholl,* Reform 36. Die Anforderungen an die Schriftform ergeben sich auch hier aus Art 1325 bzw Art 1326 Cc. Dass das Schriftstück den Wert des Pfandgegenstands ausweisen muss, ergibt sich aus Art 4 Abs 3 Pfandgesetz.

1461 Hierzu etwa *Scholl,* Reform 38 f, die als Rechtsfolge bei Verstoß gegen diese Vorschrift keine Nichtigkeit, sondern einen Freigabeanspruch annimmt; zum Forderungspfand auch *Van Steenwinkel,* Artikel 63, in *Blommaert* (Hrsg), Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden (2014) 620. Kritisch zum Regelungskonzept des Art 7 Abs 4 iVm Art 12 Pfandgesetz *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 35), unter anderem weil der maximal gesicherte Betrag vertraglich einfach erhöht werden könne. Für die nach Art 7 Abs 4 Pfandgesetz erforderliche Bestimmung des Sachwerts wird darauf abgestellt, welcher Betrag im Fall einer Zwangsverwertung im Verpfändungszeitpunkt erzielt würde; siehe *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 35).

1462 Siehe unten IV.D.4.

1463 Siehe unten IV.D.3.b. unter 1. und 3.

Auf ein besonderes Anwendungsproblem in Zusammenhang mit dem Herbeiführen der Drittwirksamkeit durch Registrierung sei allerdings gleich an dieser Stelle hingewiesen. Wie gesehen konzipiert Art 4 Abs 1 Pfandgesetz das Vorliegen einer schriftlichen Urkunde nicht als Gültigkeitsvoraussetzung für die Pfandrechtsbegründung inter partes, sondern erklärt diese lediglich für die Beweisführung über die Pfandrechtsbegründung als erforderlich. Für die Drittwirksamkeit durch Registrierung bestimmt nun Art 29 Abs 1 Pfandgesetz, dass die Registrierung durch Eingabe bestimmter näher geregelter Daten, »so wie diese in der in Art 4 genannten Urkunde aufscheinen«, in das Registersystem zu vollziehen ist. Das Gesetz geht also offenbar davon aus, dass ohne schriftliche Urkunde eine wirksame Registrierung nicht erfolgen kann. Deren Vornahme ist zwar technisch möglich, weil im Zuge des Eintragungsvorgangs die Existenz eines schriftlichen Pfandbestellungsvertrags nicht überprüft wird. Das Pfandrecht könne, so folgert das belgische Schrifttum, hierdurch allerdings nicht drittwirksam werden, da die Registrierung den Vorschriften des Art 29 Abs 1 Pfandgesetz nicht entspricht.[1464] In Hinblick auf die potentielle Vorbildfunktion des neuen belgischen Mobiliarsicherungsrechts wird man folgern dürfen, dass Formerfordernisse in Bezug auf den Pfandbestellungsvertrag tunlichst vom Beweisrecht und von der Wirksamkeit der Registrierung per se entkoppelt werden sollten. Wenn überhaupt, kann man die Wirksamkeit des Pfandbestellungsvertrags vom Vorliegen einer Schriftform abhängig machen,[1465] oder auch hierauf verzichten.[1466]

4. Als weitere grundsätzlich eigenständige Ordnungsfrage wird jene nach der **Priorität** konkurrierender Pfandrechte angesehen, die in einem eigenen Unterabschnitt in den Art 57 f Pfandgesetz geregelt ist.[1467] Dies entspricht im Prinzip dem Ansatz des UCC, des UNCITRAL Legislative Guide bzw Model Law und des DCFR. Konkret wird für das Verhältnis mehrerer Pfandrechte an der derselben Sache auf die übliche *prior-tempore*-Regel abgestellt, wofür der Zeitpunkt der Registereintragung bzw auf jener der Besitzübernahme maßgebend ist (Art 57 Abs 2). Zur zweiten Kategorie zählen auch jene Fälle, in denen Forderungen durch Einräumung

1464 In diesem Sinne *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 14); *Storme,* Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam), in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 223 (nr 18). Siehe auch Art 15 Abs 1 Pfandgesetz, demzufolge das Pfandrecht »durch Eintragung in das Pfandregister gemäß Artikel 29 Abs 1« drittwirksam wird.

1465 So nach den neuen *gage*-Regeln generell in Frankreich (§ 2336 Cc), siehe oben IV.C.2.d.(ii.).

1466 So nach nach den *creation*-Voraussetzungen in IX.–2:105(c) iVm IX.–1:201(4) DCFR, wonach zwar eine wirksame obligatorische Berechtigung auf Grundlage eines Sicherungs-Bestellungsvertrags *(contract for proprietary security)* erforderlich ist, dieser aber keinen Formvorschriften unterstellt wird.

1467 Das Prinzip der Anknüpfung an die zeitliche Abfolge der Registrierungen für die Rangbestimmung wird zusätzlich in Art 15 Abs 6 Pfandgesetz in Zusammenhang mit der Drittwirksamkeit angesprochen. – Zu Prioritätsfragen, auch betreffend das hier nicht behandelte Verhältnis gegenüber gesetzlichen Privilegien, siehe etwa *Derijcke,* TBH 2013, 691 (709 ff).

von *contrôle* drittwirksam gemacht werden. Denn die Verschaffung von »Kontrolle« ist technisch als Besitzverschaffung konstruiert.[1468]

Daneben sind für zwei Gruppen von Gläubigern sog **Superprioritäten** vorgesehen (Art 58 Pfandgesetz): Wer wegen einer zur Erhaltung der Sache getätigten Aufwendung zur Retention derselben berechtigt ist, hat Vorrang gegenüber jeglichem sonstigen Gläubiger. Vorbehaltlich dieser Regelung haben bestimmte Gläubiger Vorrang gegenüber allen auf der Sache lastenden Pfandrechten; und zwar der unbezahlte Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt oder mit einem gesetzlichen Verkäuferprivileg sowie der ebenfalls mit einem gesetzlichen Privileg ausgestattete Subunternehmer.[1469]

b. Zur Verpfändung von Forderungen im Besonderen

1. Besondere Beachtung verdient unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Vorbildfunktion des neuen belgischen Mobiliarsicherungsrechts dessen Umgang mit Pfandrechten an Forderungen. Dieser ist, wie bereits angeklungen, ein wechselvoller; hat man doch im ursprünglichen Reformgesetz von 2013 die Drittwirksamkeitsbegründung durch Registrierung (alternativ zur Verschaffung von »Kontrolle«) zugelassen, diese Möglichkeit mit der Novellierung vom 25.12.2016 jedoch wieder beseitigt. Insbesondere diesen Zusammenhängen ist im Folgenden etwas näher nachzugehen; nicht zuletzt, damit in künftigen nationalen oder europäischen Reformprojekten die im belgischen Reformprozess aufgetretenen Schwierigkeiten leichter vermieden werden können.

Der Verpfändung von Forderungen ist in den Art 60–68 Pfandgesetz ein eigener Abschnitt gewidmet. Die anschließende Darstellung folgt im Aufbau dem vorangegangenen Abschnitt, also gegliedert nach den Regelungsebenen der Begründung inter partes, Drittwirksamkeit und Priorität.

2. Die Regelungen zur **Begründung** eines Forderungspfands mit Wirkung zwischen den beiden Parteien sind weitgehend spiegelbildlich zu den oben besprochenen allgemeinen Vorschriften ausgestaltet. Auch für die Pfandbestellung an Forderungen genügt die bloße Vereinbarung zwischen Pfandgeber und Pfandgläubiger,[1470] während für den Beweis ein Schriftstück erforderlich ist, das

1468 Siehe Art 60 Abs 1 Pfandgesetz: *»Le créancier gagiste est mis en possession d'une créance gagée …«.* Zu dieser Konstruktion vgl auch *Derijcke,* TBH 2013, 691 (713); kritisch *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (91 f).

1469 Siehe dazu *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 27 f unter ausdrücklicher Bezugnahme auf entsprechende Regelungskonzepte zum Retentionsrecht und Eigentumsvorbehalt im DCFR, UCC und UNCITRAL Legislative Guide. Siehe ferner *Dirix* in *Storme,* Roerende zekerheden 1 (nr 38).

1470 Hierzu findet sich in den Art 60 ff Pfandgesetz keine Sonderregelung; es gilt also die allgemeine Bestimmung des Art 2 Pfandgesetz.

eine präzise Bezeichnung der verpfändeten Forderung(en)[1471] und der gesicherten Forderung(en) zu enthalten hat; auch ein Höchstbetrag ist in dieser Urkunde anzugeben (Art 61 Abs 1 Pfandgesetz).[1472] Die Verpfändung zukünftiger Forderungen ist möglich, vorausgesetzt sie sind bestimmbar (Art 63 Pfandgesetz).[1473]

Forderungen können allerdings nicht nur für sich verpfändet werden, sondern auch im Rahmen eines »Unternehmenspfandrechts« *(gage sur fonds de commerce).* Voraussetzung ist hier, dass die Erstreckung des Pfandrechts auf Forderungen ausdrücklich vereinbart ist und die Forderungen einen Bezug zum Umternehmen aufweisen.[1474] Forderungen, die aus dem Verkauf von unbeweglichem Vermögen resultieren, sind von einem Unternehmenspfandrecht zwar nicht umfasst,[1475] im Grundsatz kann aber praktisch der gesamte Bestand an unternehmerischen Forderungen in das einheitliche Sicherungsrecht einbezogen werden.[1476] Dieses unterliegt freilich den allgemeinen pfandrechtlichen Regeln (Art 1 ff Pfandgesetz), nicht dem speziellen Abschnitt über das Pfandrecht an Forderungen (Art 60–68 Pfandgesetz). Das ist insbesondere für die im Anschluss zu erörternde Drittwirksamkeit zu beachten: Soweit Forderungen im Rahmen eines Unternehmenspfands belastet werden, kann – zumindest nach den Gesetzesmaterialien und der wohl überwiegenden Lehre – die Drittwirksamkeit (auch nach dem endgültigen Regelungsmodell nach der Novellierung von 2016) durch Registereintrag begründet werden.[1477]

3. Damit ist die Brücke zur **Drittwirksamkeit** der Forderungsverpfändung geschlagen. Wie mehrfach erwähnt, kann diese nach der endgültigen Gesetzesfas-

1471 Der *Wert* der verpfändeten Forderung muss allerdings nicht in den Pfandbestellungsvertrag aufgenommen werden; siehe *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 19).

1472 Ist der Pfandbesteller Verbraucher, erfordert der Beweis des Pfandbestellungsvertrags (hier also nicht: dessen Wirksamkeit, vgl demgegenüber zur allgemeinen Regel oben FN 1460) die Schriftform gemäß Art 1325 bzw 1326 Cc (Art 61 Abs 2 Pfandgesetz). Vgl hierzu allgemein *Peeters/Nobels,* Pand op geldsommen en schuldvorderingen, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 111 (nr 30).

1473 Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung (zum alten Recht) Vertragsbestimmungen über die Verpfändung »aller bestehenden und zukünftigen Schuldforderungen« restriktiv interpretiert hat. So bei *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 22 mwN).

1474 Diese Regel galt unter dem früheren Art 2 *Wet Pand op handelszaak* von 1919. Im Schrifttum wird angenommen, dass sie nach der Implementierung des *gage sur fonds de commerce* in Art 7 Abs 2 Pfandgesetz weiter maßgebend ist; so *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 22).

1475 *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 22).

1476 Vgl auch *Scholl,* Reform 39 f; ferner die Nw in FN 1477.

1477 Siehe *Exposé des motifs,* DOC 54 2138/001, 10; *Dirix* in *Storm*e, Roerende zekerheden 1 (nr 32); *Georges* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 83 (nr 14). AA *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 40): Art 15 Pfandgesetz bestimme ausdrücklich, dass die Registrierung von Schuldforderungen ausgeschlossen sei. Daher entfalte die Registrierung eines Unternehmenspfandrechts keine Wirkung für die Unternehmensforderungen, die ausdrücklich dem Unternehmenspfand unterstellt worden sind. Jede andere Interpretation verstoße seiner Meinung nach gegen das Gleichheitsgebot.

sung vom 25.12.2016 nur noch durch Verschaffung von *contrôle* (einer Art fiktiver Besitzübertragung) bewirkt werden. Die ursprünglich bestehende Möglichkeit der Registereintragung ist bei der Verpfändung von Forderungen nunmehr ausdrücklich ausgeschlossen (Art 15 Abs 2 Pfandgesetz). Dies wirft aus der Perspektive des ausländischen Beobachters eine Reihe von Fragen auf. Zum einen: Was genau verbirgt sich hinter dem belgischen Konzept der *contrôle?* Zum anderen: Aus welchen Gründen ist der belgische Gesetzgeber von seinem ursprünglich dualen System wieder abgegangen und lässt eine Registrierung der Forderungsverpfändung nicht mehr zu? Und schließlich: Welche Lehren sind hieraus zu ziehen?

Zunächst ist auf das Konzept der ***contrôle*** einzugehen: Nach Art 60 Pfandgesetz erwirbt der Gläubiger »Besitz« *(possession)* an der Forderung durch Abschluss des Pfandbestellungsvertrags, vorausgesetzt, er verfügt über die Befugnis, die Verpfändung dem Drittschuldner anzuzeigen.[1478] Der Hintergrund dieser Ausgestaltung ist in nationalen Kontroversen zur Rechtslage vor der Reform zu suchen: Art 2075 aF Cc, der vor 2018 – sehr knapp gehaltene – Regelungen zur Verpfändung einer Forderung bereithielt, sah vor, dass der Pfandgläubiger den »Besitz« an der verpfändeten Forderung durch Abschluss des Pfandvertrags erwirbt.[1479] Damit war zugleich die Drittwirksamkeit des Pfandrechts hergestellt.[1480] Strittig war aber, ob aufgrund derselben Voraussetzung des bloßen Vertragsabschlusses auch der Tatbestand der »Kontrolle« im Umsetzungsgesetz zur Finanzsicherheiten-RL[1481] als verwirklicht anzusehen war oder nicht. Die hA hat dies offenbar bejaht; manche waren jedoch der Auffassung, dass »Kontrolle« iSd Finanzsicherheiten-RL erst dann gegeben sei, wenn die Pfandrechtsbegründung dem Drittschuldner zur Kenntnis gebracht wurde.[1482] Daraufhin hat *Dirix* – der spätere Leiter der Expertengruppe zur Vorbereitung des nunmehr in Kraft getretenen neuen Mobiliarsicherungsrechts – den Vorschlag unterbreitet, den Tatbestand der *contrôle* als Befugnis des Pfandgläubigers zu interpretieren, die Verpfändung der Schuldforderung dem

1478 Art 60 Abs 1 Pfandgesetz lautet: *»Le créancier gagiste est mis en possession d'une créance gagée par la conclusion de la convention de gage, à condition qu'il dispose du pouvoir de notifier le gage au débiteur de la créance gagée.«* Hierzu *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 19 f, 28 f, 64 f. Art 60 Pfandgesetz blieb im Zuge der Novellierung vom 25.12.2016 im Übrigen unverändert.

1479 Art 2075 Abs 1 aF Cc lautete: *»Le créancier est mis en possession de la créance gagée par la conclusion de la convention de gage.«* Die Wirkung der Pfandrechtsbegründung gegenüber dem Schuldner der verpfändeten Forderung setzte gemäß Art 2075 Abs 2 aF Cc voraus, dass der Drittschuldner von der Verpfändung verständigt wurde oder diese anerkannt hat. Dem entspricht nunmehr Art 60 Abs 2 Pfandgesetz.

1480 Vgl oben IV.D.1.

1481 Siehe Art 4 *Loi relative aux sûretés financières/Wet Financiële Zekerheden* vom 15.12.2004 (im Folgenden: Finanzsicherheitengesetz).

1482 In letzterem Sinne *Storme,* Juridische stellagebouw die het zicht op Europa belet, geïllustreerd aan de hand van de bezitsverschaffing van de financiële activa, TPR 2006, 1249 (nr 12).

Drittschuldner anzuzeigen.[1483] Dieses Konzept hat dann auch in den nunmehrigen Art 60 Pfandgesetz Eingang gefunden.[1484]

Die weitere Diskussion im belgischen Schrifttum konzentriert sich auf die im *contrôle*-Tatbestand des Art 60 Pfandgesetz zum Abschluss des Pfandbestellungsvertrags hinzutretende Voraussetzung, dass der Pfandgläubiger über die Befugnis verfügen muss, die Verpfändung dem Drittschuldner anzuzeigen. Diese Diskussion kann und soll hier nur auszugsweise abgebildet werden. Gemeinsam ist den mir verfügbaren Stellungnahmen jedenfalls, dass die fragliche Voraussetzung relativ einfach zu verwirklichen ist: Es genüge eine einfache Willenseinigung zwischen den Parteien des Sicherungsvertrags; dass sie sich auf eine Ermächtigung zur Drittschuldnerverständigung beziehen muss, stelle keine nennenswerte zusätzliche Anforderung dar.[1485] Andere meinen, es genüge überhaupt, wenn der Pfandgläubiger einseitig die Pfandbestellung den Drittschuldner zur Kenntnis bringen kann.[1486] Für den wohl problematischsten Fall, dass der Pfandgläubiger aufgrund einer Vereinbarung mit dem Pfandbesteller die Anzeige an den Drittschuldner erst nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses (zB Verzugseintritt oder drohende Nichterfüllung) vornehmen darf, wird vertreten, dass die Befugnis zur Verständigung nach Eintritt der vereinbarten Bedingung anzunehmen ist.[1487] Zum Teil wird auch bezweifelt, ob die *contrôle*-Voraussetzung des Art 60 Pfandgesetz überhaupt eine zusätzliche Voraussetzung statuiert. Nach dieser Auffassung ist die Voraussetzung der Anzeigebefugnis grundsätzlich bei jedem Forderungspfandrecht erfüllt, sodass – nach der 2013 beschlossenen (und 2016 wieder geänderten) Rechtslage eine nachfolgende Registrierung an der (bereits bestehenden) Drittwirksamkeit gar nichts geändert hätte.[1488]

1483 *Dirix,* Controle door de pandhouder van een schuldvordering en de Wet Financiële Zekerheden, RW 2006–07, 1337.

1484 Siehe *Peeters/Nobels* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 111 (nr 32 FN 23); *Van Steenwinkel,* Artikel 60, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 616 (617). Kritik am Zuschnitt der neuen Bestimmung übt etwa *Storme:* Man hätte für die Drittwirksamkeit der Forderungsverpfändung entweder gar keine weitere Voraussetzung vorsehen sollen oder ähnliche Voraussetzungen wie bei der Fahrnisverpfändung (Registrierung oder »Besitzübergabe« durch Verständigung des Drittschuldners). Siehe *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 39). Kritisch auch *Peeters/Nobels* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 111 (nr 32).

1485 In diesem Sinne *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (92).

1486 So *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 39).

1487 *Peeters/Nobels* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 111 (nr 31) mit Hinweis auf *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 65. Dort wird zur Anforderung der Befugnis zur Drittschuldnerverständigung vermerkt: *»Dans ce cas, le créancier gagiste a en effet la ›possession‹ ou le ›contrôle‹ puisqu'il peut donner, éventuellement après que les conditions conventionnelles soient remplies* [dh: gegebenenfalls nachdem die vertraglichen Erfordernisse erfüllt sind]*, notification…«.*

1488 *Van Steenwinkel,* Artikel 60, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 616 (618).

Dies leitet über zur Frage nach den **Gründen,** warum der Gesetzgeber vom zunächst vorgesehenen dualen System der Drittwirksamkeitsbegründung durch *contrôle* oder Registrierung abgegangen ist und die zweitgenannte Möglichkeit im Zuge der Novelle vom 25.12.2016 wieder beseitigt hat. Die Gesetzesmaterialien führen hierzu aus, dass ein Gläubiger, der die Verpfändung von Forderungen registriert, meist ohnehin schon »Kontrolle« über die Forderungen habe, sodass Dritte, die (vor dieser Eintragung) das Register konsultieren, kein realistisches Bild vom Forderungsbestand des Sicherungsgebers erhielten. Daneben würde sich – da bei Forderungsabtretungen keine Registrierungsmöglichkeit besteht – eine Divergenz zwischen den Regeln über die Abtretung und jenen zur Verpfändung ergeben, was insbesondere das Drittwirksamkeits- und Prioritätssystem bei aufeinanderfolgenden Zessionen oder Pfandbestellungen verzerre. Ferner sah man Überschneidungen mit dem Finanzsicherheitengesetz, das keine Publizität erfordere, obwohl insbesondere *espèces* (auf einem Konto gutgeschriebene Geldbeträge) als Forderungen angesehen werden können. Insgesamt sei das zweispurige System eine »Quelle von Problemen«.[1489] Dem dürften insbesondere Beschwerden aus dem Bankensektor vorangegangen sein. Man befürchtete schwierige Prioritätskonflikte, die zu vermehrten Registereintragungen bei Forderungsverpfändungen führen und dadurch höhere Kosten verursachen würden.[1490]

Damit stellt sich die Frage nach möglichen **Schlussfolgerungen** für künftige Reformprojekte in anderen Staaten bzw allenfalls auf europäischer Ebene. Aus Sicht des Verfassers drängt sich der Befund auf, dass der belgische Reformgesetzgeber bei der Lösung der sich im ursprünglichen dualen System stellenden Probleme doch eher die falsche Richtung genommen hat: Erstens entfaltet die »Kontrolle« iSd Art 60 Pfandgesetz als Mittel der Drittwirksamkeit, solange es noch nicht zur Anzeige an den Drittschuldner gekommen ist (und eine solche erfolgt typischerweise recht spät, nämlich erst, wenn der Sicherungsgeber in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät), de facto keinerlei Publizität. Weder der Abschluss des Pfandbestellungsvertrags noch eine Befugnis, den Drittschuldner von der Verpfändung zu informieren, ist nach außen hin erkennbar. Auch eine Nachfrage beim Drittschuldner (so dieser bekannt ist) verschafft keine Rechtssicherheit: Zum

1489 Siehe *Exposé des motifs,* DOC 54 2138/001, 9 f.

1490 Siehe zum Ganzen etwa *Dirix* in *Storme,* Roerende zekerheden 1 (nr 32); *Peeters/Nobels* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 111 (nr 62); *Panis/Jacobs,* Wet Financiële Zekerheden en Pandwet: tussen polaroid en het digitale tijdperk, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 301 (nr 26). Kritisch: *Nicaise* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 9 (nr 39); *Cattaruzza,* Les grands axes de la réforme des sûretés mobilières, Rev banc fin 2013, 185 (189); *Georges* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 83 (nr 17 mit Hinweis auf fehlende Publizität gegenüber Dritten). Auch der Staatsrat war für ein Beibehalten der Registrierungsmöglichkeit eingetreten, was einerseits zur Kohärenz des Systems und andererseits zu einem effektiveren Schutz Dritter beitragen würde; siehe *Avis du Conseil d'Etat,* DOC 54 2138/001, 65 (66).

einen muss der Pfandgläubiger zur Verpfändungsanzeige ja bloß befugt sein; dass diese bereits erfolgt sein müsste und der Drittschuldner somit zur Auskunft in der Lage wäre, ist ja gerade nicht vorgesehen. Zum anderen muss der Drittschuldner auch dann über eine Verpfändung von Forderungsbeständen nicht unbedingt Bescheid wissen, wenn diese im Rahmen eines Unternehmenspfandrechts *(gage sur fonds de commerce)* erfolgt und mittels Registereintrags drittwirksam gemacht worden ist, was wie gesehen nach hA ja weiterhin zulässig ist.[1491] Die Eröffnung dieser letztgenannten Möglichkeit begründet überhaupt eine gravierende Inkohärenz im System: Denn die oben referierten, vom Gesetzgeber für eine Streichung der Registrierungsmöglichkeit bei der Forderungsverpfändung ins Treffen geführten Gründe[1492] verfangen bei der Einbeziehung von Forderungsbeständen in ein Unternehmenspfandrecht in gleicher Weise. Man hätte das Kohärenzproblem allerdings von vornherein in die entgegengesetzte Richtung hin auflösen können.

Zweitens fällt gerade im internationalen Vergleich auf, dass die Möglichkeit, Drittwirksamkeit durch »Kontrolle« zu erlangen, nach dem belgischen Modell für alle Arten von Forderungen besteht. Es besteht also insbesondere keine Einschränkung auf »Finanzsicherheiten« iSd Richtlinie 2002/47/EG.[1493] Insbesondere fallen zB Kaufpreis- oder Werklohnforderungen eines Unternehmens gegenüber seinen Kunden nicht unter die von der RL erfassten Sicherungsmittel. Nur im Anwendungsbereich der Finanzsicherheiten-RL[1494] aber ist die Drittwirksamkeit einer Finanzsicherheit durch Verschaffung von »Kontrolle« iSd RL tatsächlich unionsrechtlich geboten; genauer, wenn die Finanzsicherheit dem Sicherungsnehmer oder seinem Vertreter »geliefert oder im Wege des Effektengiros gutgeschrieben wurde oder ihnen auf sonstige Weise der Besitz oder die Kontrolle daran verschafft wurde« (Art 2 Abs 2 Satz 1 Finanzsicherheiten-RL). Auch IX.–3:204 DCFR schränkt den Anwendungsbereich der – zusätzlich zur Registrierung möglichen – Dritt-

1491 Vgl oben 2. bei FN 1477.

1492 Vgl bei FN 1489.

1493 »Finanzsicherheiten« sind nach Art 1 Abs 4 Finanzsicherheiten-RL 2002/47/EG (ABl 2002 L 168/43) zunächst nur »Barsicherheiten« und »Finanzinstrumente« iSd Art 2 Abs 1 lit d und e dieses Rechtsakts. Mit RL 2009/44/EG (ABl 2009 L 146/37) wurde der Kreis der »Finanzsicherheiten« um »Kreditforderungen« erweitert, vgl Art 1 Abs 4 lit a und die Definition der »Kreditforderung« in Art 2 Abs 1 lit o Finanzsicherheiten-RL idgF. Die Begriffe der »Barsicherheit«, des »Finanzinstruments« sowie der »Kreditforderung« entsprechen jenen in der österreichischen Umsetzung in § 3 Abs 1 FinSG (vgl oben I.B. mit FN 27, worauf zwecks Vermeidung umfänglicher Wiederholungen verwiesen wird).

1494 Zum sachlichen, auf »Finanzsicherheiten« beschränkten Anwendungsbereich bereits oben FN 1493. Der persönliche Anwendungsbereich der RL beschränkt sich zum einen auf Sicherungsgeschäfte zwischen zwei professionellen Finanzmarktteilnehmern iSd Art 1 Abs 2 lit a–d Finanzsicherheiten-RL und wird zum anderen durch Art 1 Abs 2 lit e Finanzsicherheiten-RL erweitert auf Sicherungsgeschäfte, an denen auf der einen Seite ein professioneller Finanzmarktteilnehmer iSd der vorgenannten Vorschriften und auf der anderen Seite »andere als natürliche Personen sowie Einzelkaufleute und Personengesellschaften« beteiligt sind.

wirksamkeitsbegründung durch *control* erheblich ein, nämlich (stark vereinfacht) auf bei einem Kreditinstitut gebuchte Finanzwerte und registrierte Finanzinstrumente, und legt zudem deutlich strengere Anforderungen für die Ausübung von *control* zugrunde.[1495]

Damit dürfte das Grundproblem des belgischen Reformmodells (in der Fassung von 2013 wie auch in jener von 2016) offengelegt sein: Der Anwendungsbereich des *contrôle*-Konzepts ist von Anfang an zu weit geraten, zugleich sind die Anforderungen an die Ausübung von *contrôle* zu locker. Beides erklärt sich für Belgien aus dem vorherigen nationalen Rechtszustand. Für andere potentielle Reformprojekte würde sich hingegen empfehlen, den Anwendungsbereich eines »Kontrolle«-Tatbestands auf jenen der Finanzsicherheiten-RL und damit auf das unionsrechtlich gebotene Minimum zu beschränken. Jedenfalls für die davon nicht erfassten Forderungen sollte als Mittel zum Herbeiführen der Drittwirksamkeit die Registrierung zur Verfügung stehen. Soweit sich keine Überschneidung ergibt, weist dann das Register auf alle Dritten gegenüber relevanten Forderungsverpfändungen hin. Damit wäre dem ersten und dem dritten vom belgischen Gesetzgeber angeführten Problem abgeholfen.[1496] Für das zweitgenannte Problem der fehlenden Kohärenz mit den Drittwirksamkeitsvoraussetzungen von Sicherungszessionen drängt sich, wenn man – wie das neue belgische Recht – grundsätzlich einem funktionalen Ansatz folgen möchte, natürlich ebenfalls eine alternative Lösung auf: Diese Anforderungen wären genauso auszugestalten wie bei der Forderungsverpfändung (wenn man, wie etwa im DCFR,[1497] vom Modell der Vollrechtssicherheit durch Sicherungszession nicht überhaupt vollständig Abstand nimmt). Zum anderen wäre wohl zu empfehlen, die inhaltlichen Anforderungen des »Kontrolle«-Tatbestands strenger auszugestalten als dies der belgische Gesetzgeber getan hat. Wo diese nicht erfüllt werden können oder wollen, ist zum Erlangen der Drittwirksamkeit wiederum eine Registrierung vorzunehmen. Auch dies trägt dazu bei, die Aussagekraft des Registers zu erhöhen. Damit wäre – was wohl Ziel sein sollte – auch verhindert, dass sich der gesamte Forderungsbestand eines Unternehmens außerhalb des Registers und damit im Wesentlichen publizitätslos verpfänden ließe.[1498]

4. Was schließlich die **Rangfolge** zwischen verschiedenen Gläubigern betrifft, denen nacheinander dieselbe Forderung verpfändet worden ist, hält das belgische

1495 Siehe IX.–3:204 iVm IX.–1:201(6) und (7) DCFR.

1496 Gemeint ist das Argument, dass tatsächlich drittwirksame Forderungspfänder für Dritte aus dem Register nicht ersichtlich wären, sowie die Vermeidung von Überschneidungen mit den Umsetzungsbestimmungen zur Finanzsicherheiten-RL; vgl oben bei FN 1489. Dort auch zu dem im Folgenden angesprochenen Aspekt.

1497 Zu diesem insoweit noch konsequenteren Modell unten V.A.2.b. und ausführlich V.B.2.

1498 Vgl die diesbezüglich bereits zur ursprünglichen Reform von 2013 geäußerte Kritik bei *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (80 f, 91 ff).

Recht eine weitere Überraschung bereit: Angesichts der allgemeinen Prioritätsregel für Mehrfachverpfändungen in Art 57 Abs 2 Pfandgesetz, die das Datum der Eintragung bzw Besitzübernahme für maßgeblich erklärt, stünde zu vermuten, dass im Sinne des oben erörterten Art 60 Abs 1 Pfandgesetz auf den Zeitpunkt abzustellen wäre, in dem der jeweilige Pfandgläubiger nach Abschluss des Pfandbestellungsvertrags die Befugnis erlangt, den Drittschuldner von der Verpfändung zu verständigen; schließlich wird dies als Erwerb des »Besitzes« an der Forderung definiert. Jedoch erklärt Art 60 Abs 3 Pfandgesetz für das Forderungspfand unter anderem den Art 1690 § 1 Abs 3 zur Forderungsabtretung für anwendbar. Hieraus ergibt sich, dass dann, wenn eine Forderung mehrfach abgetreten (bzw hier: verpfändet) wurde, derjenige Zessionar (bzw Pfandgläubiger) den Vorzug erhält, der sich in gutem Glauben darauf berufen kann, den Drittschuldner als erster von der Abtretung (bzw Verpfändung) verständigt oder von diesem als erster die Anerkennung der Abtretung erhalten zu haben.[1499]

Auch diese Regelung ist vor dem Hintergrund der nationalen Rechtstradition zu sehen. Die Rechtsentwicklung in anderen europäischen Staaten wird sie sinnvollerweise nicht beeinflussen. Warum bei der Forderungsverpfändung, und nur bei dieser, die Rangfolge mehrerer Pfandrechte von den allgemeinen Drittwirksamkeitsvoraussetzungen entkoppelt sein soll, ist von außen betrachtet nur schwer einsichtig. Auch würde man, wenn ohnehin ein Registersystem neu eingeführt wird und damit für Prioritätsfragen ein objektiver und rechtssicher feststellbarer Anknüpfungspunkt potentiell zur Verfügung steht, doch eher auf diesen zurückgreifen wollen als auf ein durch Gutglaubensvoraussetzungen subjektiviertes Anzeigeerfordernis.

c. *Abweichungen von internationalen Vorbildern*

In Hinblick auf die erklärte Vorbildfunktion von DCFR, UNCITRAL Legislative Guide und UCC sei hier kurz auf einige Abweichungen von diesen Regelungswerken hingewiesen, soweit diese Feststellungen nach der bisherigen Untersuchung bereits getroffen werden können. Auf weitere Abweichungen wird später im jeweils passenden Zusammenhang eingegangen.[1500]

1. Das erklärte Ziel eines **funktionalen Ansatzes** im Sinne einer Gleichbehandlung von (Forderungs-)Pfandrecht und Sicherungszession wird im neuen belgischen Recht zwar in einem wesentlichen Punkt, nämlich hinsichtlich der

1499 Vgl etwa *Peeters/Nobels* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 111 (nr 22 ff); *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 57 f, 156 ff); *Scholl,* Reform 73.

1500 Siehe insbesondere unten IV.D.4.b. unter 2.–5. zum Registersystem und IV.D.4.c.(ii.) unter 3. zur Abfragebefugnis.

Rechtswirkungen erreicht. Diese entsprechen gemäß Art 62 Pfandgesetz jenen eines Pfandrechts,[1501] also eines beschränkten dinglichen Rechts; es ist also insbesondere eine Mehrfachbesicherung möglich. Gleiche Regeln gelten auch in Hinblick auf die Bestimmung des Vorrangs bei solchen Mehrfachverfügungen, indem Art 60 Abs 3 Pfandgesetz hinsichtlich des Rangverhältnisses zwischen mehreren Pfandgläubigern auf Art 1690 § 1 Abs 3 Cc verweist.[1502] Im Übrigen bestehen allerdings Unterschiede zwischen Forderungspfand und Sicherungszession. Diese betreffen den Nachweis der Pfandbestellung bzw Abtretung (Art 61, 62 Pfandgesetz)[1503] und letztlich auch die Wirksamkeit gegenüber anderen Dritten als konkurrierende Sicherungsnehmer und dem Drittschuldner: Während für das Forderungspfand hier die oben erörterte Voraussetzung der *contrôle* gilt (Pfandbestellungsvereinbarung plus Anzeigebefugnis),[1504] stellt Art 1690 § 1 Abs 1 Cc für die Forderungsabtretung einschließlich Sicherungszession (nur) auf den Abschluss der Abtretungsvereinbarung ab. Dies mag zwar praktisch in den meisten Fällen keinen gravierenden Unterschied ergeben. In Summe erscheint dieser Rechtszustand im Vergleich zur vollkommenen funktionalen Gleichschaltung im DCFR, UNCITRAL Legislative Guide und UCC aber doch einigermaßen kompliziert.

2. Ferner sieht das belgische Recht bei Forderungen, deren Drittwirksamkeit durch »**Kontrolle**« herbeigeführt wird, **keine Superpriorität** vor, wie dies in den genannten Regelwerken der Fall ist.[1505] Das belgische Recht greift hier auf die allgemeine Prioritätsregel *prior tempore, potior iure* zurück (wobei freilich wie erörtert jeweils auf den Zeitpunkt einer im guten Glauben vorgenommenen Drittschuldnerverständigung bzw gutgläubig empfangenen Anerkennung durch den Drittschuldner abgestellt wird, § 60 Abs 3 Pfandgesetz iVm Art 1690 § 1 Abs 3 Cc). Auf allfällige Gründe für diese doch recht grundsätzliche Abweichung gegenüber den »Vorbildregelwerken« gehen die Gesetzesmaterialien und der Bericht über das *Avant-projet* soweit ersichtlich nicht ein. Möglicherweise ist die Erklärung (zumindest teilweise) wieder im weiten Anwendungsbereich des belgischen *contrôle*-Konzepts zu suchen, für welchen eine generelle Rangbevorzugung tatsächlich überschießend erscheinen wird. Die fehlende (zumindest nicht nachzu-

---

1501 Vgl oben IV.D.2. bei FN 1432.

1502 Vgl oben IV.D.3.b. unter 4. Ein praktisch relevanter Unterschied besteht hier natürlich insofern, als diese Regel beim Forderungspfand die Rangfolge zwischen mehreren grundsätzlich wirksamen Pfandrechten verteilt, während im Fall der Sicherungszession nur der Zessionar mit der höchsten »Priorität« überhaupt ein Sicherungsrecht erwirbt.

1503 Vgl oben IV.D.2. bei FN 1433.

1504 Vgl oben IV.D.3.b. unter 3.

1505 Siehe IX.–4:102(2) DCFR sowie Empfehlung 103 UNCITRAL Legislative Guide mit Art 47 UNCITRAL Model Law zu Bankguthaben und Art 51(3) UNCITRAL Model Law für unverbriefte nichtintermediierte Wertpapiere; zum UCC vgl zB die durch *control* vermittelte Superpriorität von Sicherungsrechten an *investment property* nach § 9-328 UCC.

verfolgende) Auseinandersetzung im Gesetzgebungsprozess mit Perspektive für weitere potentielle europäische Reformprojekte allerdings insoweit bedauerlich, als die »geheime« Drittwirksamkeit und Superpriorität mittels *control* etwa im DCFR durchaus auch auf Skepsis gestoßen ist.[1506] Insoweit wäre eine dokumentierte Einschätzung aus einem konkreten europäischen Gesetzgebungsverfahren interessant gewesen.

3. Schließlich führen zwar alle hier angesprochenen Regelwerke einschließlich des belgischen Reformgesetzes eine konstruktive Trennung von Begründung *(creation),* Drittwirkung *(effectiveness)* und Rangfolge *(priority)* durch; die **Abgrenzung** dieser konstruktiven Kategorien ist allerdings **nicht überall dieselbe**: Nach belgischem Recht sind die Regelungen über die Drittwirkung jedenfalls nach den allgemeinen Pfandrechtsregeln für das Verhältnis gegenüber jeglichem Dritten maßgeblich (dh gegenüber Erwerbern der belasteten Sache, nachfolgenden Pfandrechtserwerbern und ungesicherten Gläubigern).[1507] Im DCFR hingegen betreffen die Regeln des Kapitels 3 zur *»effectiveness as against third persons«* ausdrücklich nur bestimmte Dritte; und zwar andere Inhaber dinglicher Rechte einschließlich effektiver Sicherungsrechte an derselben Sache, in diese Sache Exekution führende Gläubiger und den Insolvenzverwalter über das Vermögen des Sicherungsgebers.[1508] Nicht erfasst ist hiervon der Erwerber der verpfändeten Sache; dieser kann bereits ab *creation* – also ab Abschluss des Sicherungsvertrags – nur noch unter Gutglaubenserwerbsvoraussetzungen lastenfrei erwerben.[1509] Nach dem belgischen Modell hingegen kann der dritte Käufer die (körperliche) Sache vor Registrierung des bereits begründeten Pfandrechts ohne weiteres lastenfrei vom Sicherungsgeber erwerben. Die Drittwirkung des Pfandrechts setzt (im typischen Fall) ja erst mit der Registrierung ein. Davor schadet dem Käufer auch positive Kenntnis von der bereits erfolgten »Begründung« des Pfandrechts nicht. Erst wenn auch die Registrierung erfolgt und damit Drittwirksamkeit eingetreten ist, kann ein lastenfreier Erwerb der Sache nur noch kraft guten Glaubens erfolgen

1506 So bei *Macdonald,* Transnational Secured Transactions Reform: Book IX of the Draft Common Frame of Reference in Perspective, ZEuP 2009, 745 (776).

1507 Die Drittwirksamkeit wird nach diesen allgemeinen Regeln wie ausgeführt durch Registrierung (Art 15 Pfandgesetz), bei Fahrnis auch durch Übergabe (Art 39 Pfandgesetz) herbeigeführt (vgl oben IV.D.3.1. unter 3.) und wirkt dann gegenüber allen im Text genannten Kategorien von Dritten. Beim Forderungspfand gilt insoweit Besonderes, als die Drittwirksamkeit generell die *contrôle* an der Forderung voraussetzt (Art 60 Pfandgesetz), für das Rangverhältnis gegenüber konkurrierenden Pfandgläubigern wie mehrfach erörtert jedoch eine Sonderregel gilt (§ 60 Abs 3 Pfandgesetz iVm Art 1690 § 1 Abs 3 Cc). Insoweit ist die Abgrenzung zwischen den Kategorien der Begründung, Drittwirkung und Priorität also auch innerhalb des neuen belgischen Rechts nicht völlig einheitlich.

1508 IX.–3:101(1)(a)–(c) DCFR.

1509 Vgl VIII.–3:102 iVm IX.–6:102 DCFR und hierzu etwa *W. Faber,* JBl 2012, 341 (349).

(was wegen Art 25 Pfandgesetz allerdings nur nicht-professionellen Erwerbern möglich ist[1510]).

Auch in Bezug auf diese Abweichung vom DCFR – Wirkung des Drittwirksamkeitskonzepts grundsätzlich gegenüber »allen Dritten« und nicht nur gegenüber »bestimmten Arten von Dritten« – findet sich in den Gesetzesmaterialien keine inhaltlich-bewertende Auseinandersetzung, auf die sich im Rahmen anderer künftiger Reformprojekte zurückgreifen ließe. Man hat insoweit wohl ohne ausgiebige Reflexion das bisherige nationale Recht fortschreiben wollen.

4. Das Registersystem im Besonderen

a. *Allgemeines*

Das neu einzurichtende Pfandregister und seine Funktionsweise ist in den Art 26–38 Pfandgesetz vergleichsweise ausführlich geregelt, wobei eine königliche Ausführungsverordnung[1511] noch ergänzende Anordnungen trifft. Das einheitliche Register wird elektronisch geführt[1512] und ermöglicht die unmittelbare elektronische Eintragung und Abfrage von Pfandrechten sowie die Modifikation, Erneuerung und Löschung vorhandener Eintragungen (Art 26 Abs 2 Pfandgesetz). Es versteht sich als ***notice filing*-System:** Eingaben und Abfragen erfolgen unmittelbar durch den betreffenden Nutzer, ohne Dazwischentreten der Registerstelle; diese nimmt also insbesondere keine inhaltliche Prüfung von Eintragungen vor.[1513] Das

1510 Vom nicht-professionellen vertraglichen Einzelrechtsnachfolger des Pfandbestellers erwartet der Gesetzgeber nicht zwingend, dass er das Register konsultiert (sodass ein Gutglaubenserwerb möglich ist, aber nicht in jedem Fall stattfinden muss). Der professionelle Einzelrechtsnachfolger kann hingegen nach erfolgter Registrierung nie gutgläubig sein. Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 47; *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 24).

1511 *Arrêté royal portant exécution des articles du titre XVII du livre III du Code civil, concernant l'utilisation du Registre national des Gages/Koninklijk Besluit tot uitvoering van de artikelen van titel XVII van boek III van het Burgerlijk Wetboek, die het gebruik van het Nationaal Pandregister betreffen,* MB/BS 26.9.2017, 88043 (eigentlicher Verordnungstext ab 88047).

1512 Registerführende Stelle ist (nach einer entsprechenden Änderung im Gesetz vom 25.12.2016) die *Administration générale de la Documentation patrimoniale du service public fédéral Finances* bzw *Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie van de Federale Overheidsdienst Financiën;* vgl Art 26 Abs 1 Pfandgesetz. Das Register ist national organisiert und umfasst nicht, wie bislang in Belgien bei Publizitätssystemen für Sicherungsrechte üblich, jeweils nur ein Arrondissement; vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 47.

1513 Insoweit sind durch das Gesetz vom 25.12.2016 noch wichtige Modifikationen erfolgt. In der ursprünglichen Fassung vom 11.7.2013 kam der Registerstelle teilweise noch eine aktive Rolle zu, insbesonders konnte sie auf Ersuchen des Sicherheitsgebers fehlerhafte Eingaben löschen oder abändern bzw auf Ersuchen des Pfandgläubigers und Pfandgebers die Registrierung des Pfandrechts aufheben. Diese Möglichkeiten wurden gestrichen, wobei der Gesetzgeber das autonome Funktionieren des Registers ohne Dazwischentreten der Registerstelle als einen wesentlichen Kernpunkt eines modernen Pfandregisters bezeichnet hat. Auf keinen Fall solle die Registerstelle Sachentscheidungen treffen (als »Richter« auftreten), unter anderem um Haftungsrisiken zu vermeiden. Siehe *Exposé des motifs,* DOC 54 2138/001, 12; zustimmend etwa

Registersystem ist ausweislich der Materialien zu einem großen Teil von den Vorschlägen des DCFR inspiriert, »jedoch weniger kompliziert« ausgestaltet.[1514] Die Nutzung des Registers soll generell möglichst einfach sein, sowohl bei der Vornahme von Eintragungen als auch bei der Abfrage der Daten.[1515]

Jegliche Interaktion mit dem Register (Eintragung, Abfrage etc) erfordert eine vorherige Authentifizierung des Nutzers (Art 27)[1516] und ist mit Kosten verbunden (Art 28).[1517] Neben der Eintragung eines neuen Pfandrechts und der Suche im Register, die in den nachfolgenden Unterkapiteln noch näher erörtert werden, umfasst der Abschnitt zum Registersystem insbesondere noch Bestimmungen über die Modifikation (Art 32)[1518] und Löschung (Art 36)[1519] bestehender Eintragungen sowie einen Anspruch des Sicherungsgebers gegen den gesicherten Gläubiger auf Berichtigung oder Löschung fehlerhafter eingetragener Daten (Art 33).[1520] Die Ein-

Bontinck, Het pandregister, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 203 (nr 6). In diesem Zusammenhang wird auch betont, dass eine unwirksame Pfandbestellung nicht durch die Registrierung Wirksamkeit erlangen kann; siehe *Dirix/Sagaert,* EPLJ 2014, 231 (246). Zur Funktion der Registerstelle vgl ferner *Morell/Helsen,* ERPL 2014, 393 (419).

1514 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 22; vgl auch *Dirix,* Int Insolv Rev 2014, 171 (177).

1515 *Pieters,* Artikelen 26 t.e.m. 38 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2014) 31 (nr 2).

1516 Die Authentifizierung erfolgt für nicht-registrierte Nutzer mit dem belgischen elektronischen Personalausweis und für registrierte Nutzer auf Grundlage einer mit der Registerstelle geschlossenen Vereinbarung. In dieser Vereinbarung kann der registrierte Nutzer unter anderem verschiedenen Mitarbeitern des Unternehmens unterschiedliche Befugnisse einräumen (zB zur Eintragung neuer Pfandrechte zwei bestimmte Personen nur gemeinsam ermächtigen, während zB zur Löschung von Eintragungen eine Person allein befugt ist). Die Verwaltung dieser Ermächtigungen (zB deren Widerruf bei Kündigung eines Arbeitnehmers) obliegt dem registrierten Nutzer. Siehe *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 f (nr 18 f).

1517 Zu den durch königliche Verordnung zu regelnden Kosten zT noch näher unten IV.D.4.c.(iii.). Gratis ist die Abfrage des Registers für den Sicherungsgeber und für bestimmte, durch Verordnung zu bestimmende Personengruppen und Institutionen (Art 28 Abs 2 Pfandgesetz).

1518 Die Notwendigkeit zur Modifikation kann sich aufgrund einer Änderung des Pfandbestellungsvertrags oder daraus ergeben, dass ursprünglich fehlerhafte Daten eingetragen worden sind. Durchgeführt wird die Änderung durch den gesicherten Gläubiger. Das Register weist sodann sowohl die ursprüngliche als auch die modifizierte Eintragung aus (vgl Art 32 Abs 1 bzw 2 Pfandgesetz).

1519 Art 36 Pfandgesetz wurde zunächst durch die Novelle vom 25.12.2016 und sodann ein weiteres Mal durch ein Sammelgesetz vom 6.7.2017 (Belgisches Gesetzblatt vom 24.7.2017, nr C-2017/30652, dort Art 318) neu gefasst. Andere Bestimmungen des Pfandgesetzes wurden durch diese zweitgenannte Novelle nicht berührt. Im Wesentlichen ist nun vorgesehen, dass die Löschung bei Zahlung der Schuld vom Gläubiger vorzunehmen ist, widrigenfalls die Löschung bei Gericht beantragt werden kann (Art 36 Abs 1 Pfandgesetz). Dem Gläubiger steht auch die Möglichkeit einer teilweisen Löschung offen, zB durch Herabsetzung des Höchstbetrags oder Reduktion der Pfandobjekte (Art 36 Abs 2 Pfandgesetz). Vergleichbares gilt jeweils auch für den Eigentumsvorbehalt.

1520 Die ursprünglich vorgesehene Möglichkeit des Sicherungsgebers, sich bei Uneinigkeit an die registerführende Stelle zu wenden, die die Richtigkeit der Daten, nach Einholung der Ansicht des Gläubigers, ohne Kosten klärt (Art 33 Abs 2 Pfandgesetz idF vom 11.7.2013), wurde mit der Novelle vom 25.12.2016 wieder beseitigt. Vgl allgemein oben FN 1513.

tragung eines Pfandrechts besteht für zehn Jahre und kann vor Fristablauf für weitere Zeiträume von zehn Jahren verlängert werden (Art 35).[1521]

Die Möglichkeit der Registrierung kommt auch dem Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt zu, wiewohl ein Registereintrag in diesem Fall für die Drittwirksamkeit des Sicherungsrechts nicht erforderlich ist. Die rein registerrechtlichen Aspekte der Eintragung von Eigentumsvorbehalten werden hier gleich in einem abgehandelt.

b. Eintragung

1. Die Eintragung eines neuen Pfandrechts erfolgt, wie in *notice filing*-Systemen üblich, durch den gesicherten **Gläubiger** (Art 29 Abs 1 Pfandgesetz) bzw seinen Vertreter (Art 3 Pfandgesetz) oder durch einen Beauftragten des Gläubigers oder seines Vertreters (Art 30 Abs 1 Z 3 Pfandgesetz).[1522] Der Pfandgläubiger ist nach Art 29 Abs 1 »aufgrund der Pfandbestellungsvereinbarung berechtigt, sein Pfandrecht zu registrieren, indem er die in Artikel 30 vorgesehenen Daten, so wie sie in dem in Artikel 4 vorgesehenen Schriftstück angeführt sind, in das Pfandregister einschreibt«. Im Falle der Registrierung eines Eigentumsvorbehalts erfolgt die Eintragung durch den Verkäufer (Art 29 Abs 2 Pfandgesetz) oder dessen Beauftragten (Art 30 Abs 2 Z 3 Pfandgesetz). Um das Risiko unsorgfältiger Dateneingaben gering zu halten,[1523] haftet der Gläubiger, wie ebenfalls in *notice filing*-Systemen üblich, für jeglichen Schaden, der aus der Eingabe fehlerhafter Daten resultiert (Art 29 Abs 2 Pfandgesetz).[1524]

Zweite Zentralnorm betreffend die Registereintragung ist Art 30 Abs 1 Pfandgesetz. Dieser listet die vom Gläubiger bei Vornahme einer Pfandrechtsregistrierung anzuführenden Daten auf. Es sind dies:

1. die Identität[1525] des **Pfandgläubigers** oder seines Vertreters;

1521 In den Materialien waren zunächst fünf Jahre vorgesehen: *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 23.

1522 Die Möglichkeit der Registrierung durch einen Beauftragten *(mandataire)* wird für wichtig angesehen, um ausländischen Sicherungsnehmern Eintragungen und den Zugang zum Register zu ermöglichen. Da die Identifizierung grundsätzlich mit dem belgischen elektronischen Personalausweis erfolgt, müssen sich ausländische Sicherungsnehmer bzw deren Vertreter eines belgischen Vermittlers bedienen. Hierzu etwa *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 16).

1523 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 23.

1524 Siehe Art 29 Abs 1 UAbs 2 Pfandgesetz zur Haftung des Pfandgläubigers und Art 29 Abs 2 UAbs 2 zur entsprechenden Haftung des Vorbehaltsverkäufers. Die Haftung wird als verschuldensunabhängige zu verstehen sein. In der Literatur wird zT von einer *obligation de résultat* in Hinblick auf die Korrektheit der eingetragenen Daten gesprochen; so bei *Derijcke,* TBH 2013, 691 (705).

1525 Als einzutragende Identitätsmerkmale für natürliche Personen bestimmt Art 30 Abs 1 Z 1 lit a Pfandgesetz den Nachnamen, den ersten oder die beiden ersten Vornamen, Land, Postleitzahl

2. die Identität des **Pfandbestellers;**
3. gegebenenfalls die Identität des Beauftragten des Pfandgläubigers oder seines Vertreters;
4. die Bezeichnung des **Sicherungsguts**, das Gegenstand der Eintragung ist;
5. die Bezeichnung der **gesicherten Forderung(en)**, die Gegenstand der Eintragung sind;
6. der **Höchstbetrag**, bis zu dem die Forderungen gesichert werden und der Gegenstand der Eintragung ist;
7. die **Erklärung des Pfandgläubigers**, seines Vertreters oder des Beauftragten, dass der Pfandgläubiger oder Vertreter **für jeden Schaden haftet**, der aus der Eintragung fehlerhafter Daten resultiert.

Entsprechend verlangt Art 30 Abs 2 Pfandgesetz für die Registrierung eines Eigentumsvorbehalts die Eintragung der Identität des Verkäufers, des Käufers und gegebenenfalls des Beauftragten des Verkäufers; daneben die Bezeichnung der Kaufsache und des noch nicht bezahlten Kaufpreises, die Gegenstand der Eintragung sind, sowie die Haftungserklärung des Verkäufers.[1526]

Die Auswirkungen fehlerhafter Eintragungen auf die Drittwirksamkeit der Sicherheit sind in Art 15 Abs 3–5 Pfandgesetz unterschiedlich geregelt. Dabei nimmt die Schärfe der Sanktion von Absatz zu Absatz ab: Eine unrichtige Bezeichnung des Sicherungsgebers beraubt die Eintragung grundsätzlich ihrer Wirksamkeit, es sei denn, die Eintragung kann aufgrund korrekter Identifikationselemente dennoch im Register gefunden werden (§ 15 Abs 3 Pfandgesetz). Auch die fehlerhafte Bezeichnung des Pfandgläubigers, seines Vertreters oder der belasteten Vermögenswerte hat grundsätzlich die Unwirksamkeit der Eintragung zur Folge, es sei denn, sie führen eine vernünftige Person, die eine Registerabfrage durchführt, nicht ernsthaft in die Irre (Art 15 Abs 4 Pfandgesetz). Hingegen hat eine fehlerhafte Bezeichnung der gesicherten Forderung(en) oder des Höchstbetrags keine Auswirkungen auf die Drittwirksamkeit des registrierten Sicherungsrechts (Art 15 Abs 5 Pfandgesetz).[1527] In allen Fällen bleibt die Schadenersatzhaftung des Sicherungsnehmers nach Art 29 Abs 1 UAbs 2 unberührt.

---

und Gemeinde des Hauptwohnsitzes, Unternehmensnummer oder Reichsregisternummer (mangels einer Unternehmensnummer) und Geburtsdatum. Als Identitätsmerkmale für juristische Personen sind gemäß Art 30 Abs 1 Z 1 lit b Pfandgesetz deren Name, Rechtsform, Land, Postleitzahl und Gemeinde des Firmensitzes und die Unternehmensnummer (falls vorhanden) einzutragen. Entsprechendes gilt für die Identitätsangaben nach Z 2 und 3.

1526 Auch im Übrigen wird größtmögliche Gleichbehandlung der Registrierung eines Eigentumsvorbehalts mit der Pfandrechtsregistrierung angestrebt. Art 26 Abs 5 Pfandgesetz erklärt die weiteren Registrierungsbestimmungen der Art 27, 28, 32, 33, 34, 35, 36 und 37 Pfandgesetz *mutatis mutandis* für die Registrierung eines Eigentumsvorbehalts für anwendbar.

1527 Vgl hierzu *Casier,* Artikel 15, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 605 (607).

Nachdem die Eintragung abgeschlossen ist, wird der Sicherungsnehmer zur Zahlung einer Gebühr aufgefordert.[1528] Die Höhe der Gebühren wird in der bereits erwähnten königlichen Verordnung[1529] festgelegt (Art 28 Abs 1 Pfandgesetz). Sie ist für Pfandrechte und Eigentumsvorbehalte einheitlich und steigt abhängig von der Höhe der gesicherten Forderung an.[1530] Derzeit liegt sie für die Eintragung oder Erneuerung eines Sicherungsrechts zwischen € 20,– und 500,- (Art 14 der königlichen Verordnung vom 14.9.2017). Betont wird, dass zu hohe Gebühren die Akzeptanz des Registers schmälern und damit die Zielsetzungen der Reform untergraben würden.[1531]

Im Anschluss an die Zahlung erhält der Nutzer eine einmalige Identifikationsnummer. Mit dieser kann er die Registrierung ändern, erneuern, löschen, übertragen oder (im Fall eines Pfandrechts) auf seinen Rang verzichten. Zur Dokumentation der Eintragung (oder einer anderen registerbezogenen Aktivität wie zB einer Löschung oder Abfrage) wird vom Registersystem ein digitales Dokument (im pdf-Format) erstellt, aus dem alle relevanten Angaben zur Registrierung einschließlich Datum, Uhrzeit und der erwähnten einmaligen Identifikationsnummer hervorgehen. Die Integrität des Dokuments wird durch eine elektronische Signatur gewährleistet (Art 13 der königlichen Verordnung vom 14.9.2017).[1532]

2. Ausweislich der Gesetzesmaterialien bestehen die wesentlichen **Unterschiede zum Vorbildmodell des DCFR** einerseits darin, dass die Vornahme der Eintragung durch den Gläubiger im belgischen Modell keine gesonderte Zustimmung des Sicherungsgebers erfordert *(consent,* vgl demgegenüber IX.–3:306(1)(d) und IX.–3:309 DCFR). Dies wird durchaus folgerichtig damit begründet, dass die

1528 Die Zahlung erfolgt grundsätzlich per e-payment. Registrierte Nutzer können allerdings eine abweichende Zahlungsmöglichkeit vereinbaren; siehe *Pieters,* Artikelen 26 t.e.m. 38 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 31 (nr 15).

1529 *Arrêté royal,* MB/BS 26.9.2017, 88047 (FN 1511).

1530 Vgl *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 29). Die progressive Staffelung der Gebühren hat übrigens zu einer Kontroverse im Rechtssetzungsprozess geführt, weil der Staatsrat eine Orientierung am Wert der staatlichen Dienstleistung vermisst und die Pauschaltarifierung als verfassungswidrige Abgabe eingestuft hat. Siehe *Avis 61.728/2/V du 2.8.2017 du Conseil d'Etat sur un projet d'arrêté royal portant exécution des articles du titre XVII du livre III du Code civil, concernant l'utilisation du Registre national des Gages* bzw *Advies 61.728/2/V van 2.8.2017 van de Raad van State over een ontwerp van Koninklijk Besluit tot uitvoering van de artikelen van titel XVII van boek III van het Burgerlijk Wetboek, die het gebruik van het Nationaal Pandregister betreffen,* MB/BS 26.9.2017, 88043 (88046 nr 3). Der zuständige Finanzminister hat dem entgegengehalten, dass mit dem ansteigendem Betrag der gesicherten Forderung auch ein höheres Haftungsrisiko der Registerstelle einhergehe. Zudem müssten Kosten der Systemerhaltung abgedeckt werden. Siehe den *Rapport au roi/Verslag aan de koning,* MB/BS 26.9.2017, 88043 (nr 9–10).

1531 Siehe etwa *Dirix* in *Storme,* Roerende zekerheden 1 (nr 33) mit Hinweis auf den UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry (2014) 119 (nr 274).

1532 Hierzu *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 30).

Eintragung nach Art 29 Abs 1 Pfandgesetz ja ausdrücklich »aufgrund der Pfandbestellungsvereinbarung« erfolgt, die das beidseitige Einverständnis der Parteien quasi definitionsgemäß voraussetzt. Die zweite hauptsächliche Abweichung soll darin liegen, dass eine vom Registersystem generierte automatische Verständigung der beiden Parteien nach Durchführung eines Registereintrags unterbleibt (gegenüber IX.–3:313 DCFR).[1533] Beide Hinweise treffen zu. Dennoch mutet die besondere Betonung gerade dieser beiden Aspekte etwas befremdlich an, ergeben sich doch bereits aus den oben referierten Eintragungsregeln weitere Differenzen, die das belgische Modell im Ergebnis als eigenständige Regelungsalternative erscheinen lassen. Dies legt eine etwas nähere Analyse nahe.

3. Die bereits angesprochene Wendung in Art 29 Abs 1 UAbs 1 Pfandgesetz, wonach sich das Recht des Gläubigers zur Vornahme der Registereintragung »aufgrund der Pfandbestellungsvereinbarung« ergibt, legt nahe, dass der Verpfändungsvertrag im Eintragungszeitpunkt bereits abgeschlossen sein muss. Damit wird ein sonst in *notice filing*-Systemen üblicherweise mögliches ***advance filing*** in dem Sinne, dass dem Kreditgeber bereits in der Verhandlungsphase über den (Kredit- bzw) Sicherungsvertrag eine drittwirksame und rangwahrende Position gleichsam gesichert werden kann,[1534] zumindest dem Wortlaut nach ausgeschlossen. Dem entspricht, dass ein im Entwurf des *Avant-projet* vorgesehener zweiter Satz in Art 29 Abs 1 Pfandgesetz (»Diese Registrierung kann vor oder nach Abschluss des Verpfändungsvertrags vorgenommen werden.«) im weiteren Gesetzgebungsverfahren ersatzlos gestrichen wurde.[1535] Mit dem Wegfall dieses Satzes 2

1533 Siehe *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 22 f. Gemäß Art 29 Abs 1 UAbs 3 Pfandgesetz trifft lediglich den Pfandgläubiger die Verpflichtung, den Sicherungsgeber schriftlich von der erfolgten Registrierung zu informieren. Eine automatische Information durch das Registersystem ist demgegenüber nicht gesetzlich vorgesehen, wird in der Praxis aber vorgenommen, wenn bei der Eintragung die E-Mail-Adresse des Sicherheitsgebers angegeben wird (wofür ein optionales Feld im elektronischen Formular zur Eingabe der Daten über den Pfandbesteller vorgesehen ist). Der Sicherungsgeber erhält dann zwar eine Meldung, dass im Pfandregister zu seinen Lasten eine Pfandbestellung eingetragen worden ist, es handelt sich hierbei aber um keine formelle Verständigung von der Registrierung. Die registerführende Stelle übt auch keinerlei Kontrolle über die Erfüllung der Informationsverpflichtung durch den Pfandgläubiger aus. Das Pfandgesetz sieht im Übrigen auch keine Sanktion für die Nichterfüllung der Verständigungspflicht vor. Die vorstehenden Ausführungen stützen sich zT auf *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 108; ferner auf den ausführlichen Leitfaden des *Service Public Fédéral Finances* (Hrsg), Registre national des gages – Manuel utilisateur, Version 3.0, insb 63 f; und schließlich auf per E-Mail erhaltene Auskünfte von Herrn *Luc Bontinck* vom belgischen Finanzministerium, dem für seine Informationen herzlich gedankt sei.

1534 Vgl zB IX.–3:305(2) DCFR, UNCITRAL Legislative Guide 174 und Art 4 UNCITRAL Model Registry Provisions.

1535 Siehe Art 29 Abs 1 idF des *Avant-projet* (dort Anhang S 12) gegenüber der Fassung in DOC 53 2463/001, die dem nunmehrigen Gesetzestext entspricht. Die Erläuterungen zu diesem Artikel im Vorentwurf der Expertengruppe *(Avant-projet* 60) wiesen zum dort vorgesehenen Satz 2 ex-

wird natürlich auch der erwähnte Verzicht auf den *consent* des Sicherungsgebers als zusätzliche Eintragungsvoraussetzung noch besser vertretbar, besteht doch die Eintragungsbefugnis des Gläubigers erst nach beidseitiger Zustimmung zum Sicherungsvertrag. Ganz äquivalent fällt der vom DCFR mit dem *consent*-Erfordernis intendierte Schutz des Sicherungsgebers im belgischen Modell allerdings nicht aus: Im Registersystem des DCFR wird der notwendige *consent* des Sicherungsgebers automatisch geprüft;[1536] eine vergleichbare Prüfung des tatsächlichen Abschlusses eines Pfandbestellungsvertrags kann das belgische Register nicht leisten.[1537] Dennoch: Zumindest idealiter ist der »Vollständigkeitswert« des belgischen Registers gegenüber einem *notice filing*-System mit Möglichkeit eines solchen *advance filing* ein höherer: Eintragungen, die noch nicht ausgenützt sind bzw nie ausgenützt werden, sollten zumindest nach dem gesetzlichen Grundmodell unterbleiben.

4. Weitere bedeutsame Unterschiede mit Auswirkung auf die Gesamtfunktion des Registersystems ergeben sich aus Anzahl und inhaltlichen Anforderungen an die nach Art 30 Pfandgesetz einzutragenden Daten: Angaben zur **gesicherten Forderung** sieht der DCFR im Register überhaupt nicht vor, die Angabe eines **Haftungshöchstbetrags** im Register ist fakultativ.[1538] Nach dem belgischen Gesetz ist beides zwingend erforderlich.

Vor allem zum erstgenannten Aspekt, der Bezeichnung der gesicherten Forderung, sind zweierlei Anmerkungen zu machen: Erstens stellt der Gesetzestext nicht klar, **welche Details der gesicherten Forderung** anzuführen sind. Die Bandbreite an in Betracht kommenden Informationen ist ja relativ breit und reicht von der bloßen Angabe einer Kreditvertragsnummer über die Angabe des Kreditbetrags, die einmalige oder wiederholte Ausnutzbarkeit des Kredits bis hin zu vereinbarten Zinssätzen. Auch die königliche Verordnung vom 14.9.2017 hat diesbezüglich keine Klarstellung gebracht.[1539] Das Gesetz selbst enthält soweit ersichtlich zwei

---

plizit auf die Möglichkeit hin, einen Rang zu sichern, auch wenn der Kredit noch verhandelt wird oder der Pfandbestellungsvertrag noch nicht vollständig fertiggestellt ist.

1536 Vgl Comment B zu IX.–3:309 DCFR, Full Edition 5509. Dort 5507 f (Comment A) auch zur Rechtfertigung des *consent*-Erfordernisses gegenüber jenen *notice filing*-Systemen, die zur Sicherstellung materieller Richtigkeit der Eintragungen – im Ergebnis durchaus erfolgreich – ausschließlich auf schadenersatzrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen setzen.

1537 Zwar hat gemäß Art 29 Abs 1 UAbs 3 Pfandgesetz der Pfandgläubiger die erfolgte Registrierung dem Sicherungsgeber zur Kenntnis zu bringen (vgl FN 1533), gegen allfällige Manipulationen gerade seitens des Pfandgläubigers bietet dieses Korrektiv freilich keinen verlässlichen Schutz.

1538 Vgl IX.–3:306 (zum zwingenden Inhalt eines Eintrags), IX.–3:307 (zum optionalen zusätzlichen Inhalt eines Eintrags) sowie IX.–3:308 DCFR (zu der im Register erscheinenden bzw abrufbaren Information).

1539 Denkbar wäre eine solche allenfalls aufgrund der Verordnungsermächtigung in Art 29 Abs 1 Pfandgesetz bezüglich der einzuhaltenden »Modalitäten« der Registereintragung gewesen.

Anhaltspunkte: Art 10 Abs 1 Pfandgesetz verlangt für die Pfandrechtsbegründung ganz allgemein, dass die gesicherten Forderungen »bestimmt oder bestimmbar« sind. Dies spräche dafür, dass die Angabe zB einer Kreditvertrags- oder Kreditkontonummer, anhand derer (zusammen mit der Bezeichnung der Kreditvertragsparteien) die Identifizierung der gesicherten Forderung eindeutig möglich ist, genügt und somit die Angabe sensiblerer Daten wie Kredithöhe und Zinssatz unterbleiben kann. Zweitens folgt aus der Wendung in Art 29 Abs 1 UAbs 1 Pfandgesetz, dass die in Art 30 Pfandgesetz genannten Daten »so wie sie in dem in Artikel 4 vorgesehenen Schriftstück angeführt sind« einzugeben sind, dass dem Gesetzgeber generell ein Gleichlauf in den Anforderungen an die Detailliertheit des Registereintrags und an jene der in Art 4 Pfandgesetz angesprochenen Beweisurkunde vorschwebt.[1540] Allerdings determiniert Art 4 Pfandgesetz die erforderlichen Angaben zur gesicherten Forderung selbst nicht näher, mit der Ausnahme, dass die Beschreibung »präzise« sein muss. Auch hierfür müsste allerdings eindeutige Identifizierbarkeit der Forderung genügen. Angaben über den Umfang der Forderungen, Zinssätze und dergleichen sind damit wohl auch in diesem Dokument nicht erforderlich. Dieses Verständnis wird durch die wenigen im Schrifttum auffindbaren Stellungnahmen zur hier erörterten Frage im Wesentlichen bestätigt. Danach ist der Pfandgläubiger ziemlich frei in der Art und Weise, wie er die gesicherte Forderung im Register beschreibt. Die Angaben sollen aber der präzisen Beschreibung im Schriftstück entsprechen. Der Gläubiger kann hierfür auch den entsprechenden Auszug aus dem Vertrag in das Formular kopieren.[1541]

Die zweite Anmerkung zur Notwendigkeit einer Bezeichnung der gesicherten Forderung im Register bezieht sich auf die Frage nach deren **Zweck,** insbesondere neben dem ohnehin einzutragenden Haftungshöchstbetrag. Hierzu fällt

---

Art 30 Pfandgesetz, der die einzutragenden Daten aufzählt, enthält zu deren Konkretisierung interessanterweise keine eigenständige Verordnungsermächtigung.

1540 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 49, insbesondere mit Betonung dieses Zusammenhangs hinsichtlich der Beschreibung des Sicherungsguts, wo sicherlich die hauptsächliche praktische Bedeutung dieses Aspekts liegt (vgl alsbald im Text).

1541 So *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 24). Die Einschätzung, dass die Angaben zur gesicherten Forderung jenen im schriftlichen Pfandbestellungsvertrag iSd Art 4 Pfandgesetz entsprechen müssen, hat *Bontinck* auf Anfrage auch per E-Mail bestätigt (E-Mail von Herrn *Luc Bontinck* vom 6.3.2018). Dem entsprechen die Erläuterungen in *Service Public Fédéral Finances,* Registre national des gages, Version 3.0, 68f (samt Abbildung der Eingabemaske): Die »Bezeichnung der gesicherten Forderung« ist ein Eingabe-Pflichtfeld, die Erläuterungen besagen (neben dem Umstand, dass diese Eingabe in einer der drei belgischen Amtssprachen erfolgen muss) aber auch nicht mehr, als dass hierfür zwischen 1 und 100.000 Zeichen (!) zur Verfügung stehen und dass ein copy-paste-Vorgang möglich ist. Daneben besteht ein grundsätzlich optionales Eingabefeld »Bezeichnung der gesicherten Forderung in der Originalsprache des Pfandbestellungsvertrags«, das dann, wenn der Vertrag im Papier-Original nicht in französischer, niederländischer oder deutscher Sprache abgefasst ist, die Eingabe des Originalwortlauts zwingend verlangt. Wieder stehen maximal 100.000 Zeichen zur Verfügung und kann der Originaltext in das Eingabefeld hineinkopiert werden.

auf, dass Art 30 Abs 1 Z 4 Pfandgesetz zur Bezeichnung der gesicherten Forderung im ursprünglichen Entwurf der Expertengruppe gar nicht vorgesehen war.[1542] Warum dieses Erfordernis im Anschluss in den Gesetzesentwurf aufgenommen wurde, wird in den Materialien soweit ersichtlich nicht begründet. Dokumentiert ist hingegen, dass der (in Gesetzgebungssachen beratend tätige) Staatsrat gegen die Aufnahme dieser Voraussetzung – wie übrigens auch gegen jene zur Angabe der Person des Gläubigers – datenschutzrechtliche Bedenken vorgebracht und die Streichung dieser Erfordernisse angeregt hat. Denn die zwingende Angabe dieser Daten sei mit dem allgemeinen Erfordernis, dass personenbezogene Daten »adäquat, aussagekräftig und nicht exzessiv« im Verhältnis zum Zweck der Datenverarbeitung sein müssten, nicht vereinbar.[1543] Die nachfolgende Rechtfertigung in den Gesetzesmaterialien bleibt dürftig: Diese Daten seien nichtsdestotrotz notwendig, um interessierten Dritten die Möglichkeit zu geben, auf ausreichend bestimmte und vollständige Weise das exakte Ausmaß des Pfandrechts zu erkennen, das durch seine Registereintragung Dritten gegenüber wirksam gemacht worden ist.[1544] Die Antwort ist auch inhaltlich etwas verwunderlich: Denn Angaben zur Person des Gläubigers sind für die genaue Bestimmung des Umfangs des Pfandrechts allenfalls dann erheblich, wenn der Gläubiger für den interessierten Dritten als weitere, die Registerangaben quasi ergänzende Informationsquelle dienen soll. Diese für *notice filing*-Systeme nicht untypische Konzeption hat das belgische System allerdings nicht übernommen.[1545] Und was Angaben zur gesicherten Forderung betrifft, so können diese der Ermittlung des Ausmaßes von Pfandrechten ja auch nur dann zumindest mittelbar dienen, wenn die im Register einzutragenden Angaben Aussagen zB über die Höhe der gesicherten Forderung oder die Wiederausnutzbarkeit eines Kredits enthalten, da dann immerhin mit einem sukzessiven Rückgang der Haftungsausnutzung bei planmäßiger Bedienung des Kredits gerechnet werden kann. All dies harmoniert allerdings nicht mit dem oben zumindest als plausibel erachteten Teilbefund, dass die Angaben zur gesicherten Forderung im Register grundsätzlich sehr gering gehalten werden können. Zudem ist der aus Daten wie dem Kreditumfang generierbare Erkenntnisgewinn für den interessierten Dritten neben der ohnehin zwingend vorgesehenen Angabe eines Haftungshöchstbetrags vergleichsweise gering. Man gewinnt – bei allem Respekt für eine beachtliche und grundsätzlich auch gut gelungene legislative Pionierarbeit – etwas den Eindruck, dass das Registersystem vor allem in den fortgesetzten Gesetzgebungsphasen konzeptuell nicht völlig ausgereift ist.

1542 Vgl Art 30 idF des *Avant-projet* (dort Anhang S 13).
1543 Vgl die Stellungnahme des *Conseil d'Etat/Raad van State,* abgedruckt in DOC 53 2463/001, 105 ff (113).
1544 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 50.
1545 Hierzu noch näher unten IV.D.4.c.(ii.).

Nicht ganz vernachlässigt werden soll hierbei, dass auch eine Minimalangabe wie eine Kreditvertragsnummer im Register durchaus einen gewissen Zweck erfüllen könnte. Dieser bestünde mE aber eher darin, ein allfälliges »Nachschieben« späterer Kredite unter ein bereits existierendes Pfandrecht im Interesse Dritter zu verhindern bzw zu erschweren. Ob dafür im belgischen System allerdings Bedarf besteht, ist eine andere Frage: Die Parteien können bei entsprechender vertraglicher Vorsorge von Anfang an ohne weiteres »alle gegenwärtigen und zukünftigen Kreditverbindlichkeiten« besichern; der Voraussetzung der Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung (Art 10 Pfandgesetz) wird damit entsprochen sein.[1546] In einem solchen Fall bedarf es selbstredend keiner Vorkehrungen gegen das Hinzutreten neuer gesicherter Forderungen. Und auch im Nachhinein scheint das neue belgische Recht gegenüber einer einvernehmlichen Erweiterung der bestehenden Pfandhaftung auf neue Verbindlichkeiten durchaus offen zu sein. Art 32 Abs 1 Pfandgesetz lässt nämlich im Fall der Modifikation der Pfandbestellungsvereinbarung eine Modifikation der bestehenden Registereintragung zu. Die Erstreckung des Pfandrechts auf eine neue Verbindlichkeit wird dabei wohl als typischer Fall einer Modifikation des Pfandvertrags gelten können, selbst wenn dieser Fall weder im Gesetzestext[1547] noch in den Materialien explizit erwähnt wird.[1548] Eine signifikante Beeinträchtigung von legitimen Erwartungen nachrangiger Dritter wird sich dabei nicht ergeben, sofern der ursprüngliche Haftungshöchstbetrag der gleiche bleibt. Unter diesen Prämissen erscheint die Eintragung zumindest minimaler Informationen über die gesicherte Forderung ins Register im Wesentlichen verzichtbar.[1549]

5. Abweichungen vom »Vorbild« des DCFR ergeben sich schließlich in Bezug auf die ins Register einzutragenden Angaben zum **Sicherungsgut**. Der DCFR begnügt sich diesbezüglich – insoweit vergleichbar mit dem neuen französischen *gage*-Register[1550] – mit der Auswahl einer Kategorie aus einer Liste möglicher Sachtypen; daneben fordert der DCFR lediglich eine *minimum declaration as to the encumbered assets.*[1551] Im Ergebnis muss anhand der Registerangaben nach diesem Modell nicht unbedingt eine genaue Identifizierung des Sicherungsguts möglich

1546 So auch *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 39).
1547 Wie im Fall der *recharge* nach Art 2372-5 franz Cc bei der *fiducie* (vgl oben IV.C.3.c.(iii.)).
1548 Die Materialien zu Art 32 Pfandgesetz erwähnen beispielhaft nur die »Aktualisierung« von Daten, beschränken die Modifikation aber nicht auf diesen Fall *(Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 50).
1549 Die theoretisch verbleibende Funktion, ein späteres eigenmächtiges »Nachschieben« ursprünglich nicht gesicherter Forderungen durch den Gläubiger *im Interesse des Sicherungsgebers* zu verhindern, fällt mE ebenfalls nicht ins Gewicht: Der unredliche Gläubiger würde insoweit bereits am Erfordernis einer hinreichenden Beweisurkunde iSd Art 4 Pfandgesetz scheitern.
1550 Vgl oben IV.C.2.e.(i.).
1551 Siehe IX.–3:306(1)(b) und (c) DCFR. Näher zu diesen Voraussetzungen unten V.C.2.a.(i.) unter 2.

sein.[1552] Das belgische Registersystem verfolgt hier offensichtlich einen anderen Ansatz. Zwar sagt Art 30 Abs 1 Z 4 Pfandgesetz selbst zur geforderten Genauigkeit der Bezeichnung des Sicherungsguts nichts. Anders ist dies allerdings bei Art 4 Abs 1 Pfandgesetz zur Beweisurkunde bezüglich der Pfandbestellung: Dort wird gefordert, dass das Schriftstück hinsichtlich der pfandbelasteten Sachen eine »präzise Beschreibung« enthält. Die Materialien zu dieser Bestimmung ergänzen, dass die Beschreibung des Sicherungsguts hinreichend genau sein müsse, um die Güter »klar zu identifizieren«.[1553] Nachdem, wie bereits angedeutet, gemäß Art 29 Abs 1 Pfandgesetz die Eintragung der dort vorgesehenen Daten ins Register so erfolgen soll, »wie sie in dem in Artikel 4 vorgesehenen Schriftstück angeführt sind«, kann man davon ausgehen, dass der Registereintrag den in Art 4 Pfandgesetz vorgegebenen Standards genügen muss.[1554] Das belgische System verlangt also im Ergebnis offenbar eindeutige Identifizierbarkeit der pfandbelasteten Vermögenswerte aus dem Register selbst. Hierzu ist das Register technisch auch in der Lage: Es erlaubt unter anderem, zum Zweck der Beschreibung des Sicherungsguts einen Auszug aus dem Pfandbestellungsvertrag als pdf-Datei einzufügen.[1555] Einer bloß generischen Umschreibung der pfandbelasteten Vermögenswerte wird dies allerdings nicht unbedingt entgegenstehen, auch wenn eine diesbezügliche Klarstellung aus den Gesetzesmaterialien gestrichen worden ist:[1556] Ist zB klargestellt,

1552 Vgl Comments zu IX.–3:306 DCFR, Full Edition 5505, und Comment A zu IX.–3:319 DCFR, Full Edition 5519 f. Eine verlässliche Identifizierung erfolgt bei Bedarf im Wege weiterer Nachforschungen beim gesicherten Gläubiger. Vgl etwa *W. Faber,* JBl 2012, 341 (354 ff).

1553 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 36 mit zusätzlichem Verweis auf die »ähnliche« Empfehlung 14 des UNCITRAL Legislative Guide, der zufolge der Sicherungsvertrag *»must ... describe the encumbered assets in a manner that reasonably allows their identification«.*

1554 In diesem Sinne *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 49 zu Art 29 Pfandgesetz. Zu Art 30 Pfandgesetz ist dort zusätzlich angemerkt, die im Register anzuführenden Daten müssten Dritte in die Lage versetzen, sich eine »präzise Vorstellung« über den Umfang der bereits existierenden Sicherungsrechte zu verschaffen. Im Schrifttum wird lediglich angemerkt, dass das Anklicken einer vorherbestimmten Kategorie von Sachtypen nicht hinreichend vollständig und genau wäre; siehe *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 23).

1555 Siehe *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 23). Die Ausgestaltung der Eingabemaske im elektronischen Register entspricht jener zur gesicherten Forderung (vgl oben bei und mit FN 1541): Im Pflichtfeld »Bezeichnung des Sicherungsguts« stehen bis zu 100.000 Zeichen zur Verfügung, ein copy-paste-Vorgang ist möglich. Im Fall eines nicht in französischer, niederländischer oder deutscher Sprache abgeschlossenen Pfandbestellungsvertrags muss in einem eigenen Feld zusätzlich die Bezeichnung in der Originalsprache des Vertrags eingegeben werden. Ein weiteres optionales Eingabefeld steht für die Eingabe eines eindeutigen Identifikators wie zB einer Seriennummer zur Verfügung. Siehe *Service Public Fédéral Finances,* Registre national des gages, Version 3.0, 64 f. Die dort als Beispiel im Pflichtfeld »Bezeichnung des Sicherungsguts« angeführte Beschreibung des Sicherungsguts lautet im Übrigen: »Première édition Germinal (Emile Zola)«. Das ist hinreichend bestimmt, wenn sich genau eine solche Erstausgabe im Eigentum des Pfandbestellers befindet.

1556 Vgl den zweiten Absatz in *Avant-projet* 32 gegenüber der Fassung im *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 23 (dort dritter Absatz): Der Satz »Eine generische Beschreibung der Güter genügt« und ein Verweis auf Empfehlung 63 des UNCITRAL Legislative Guide wurden gestrichen. Emp-

dass aus einer bestimmten Kategorie von Sicherungsgut schlichtweg alle Einheiten vom Pfandrecht erfasst sein sollen (zB »alle Forderungen aus Warenlieferungen aus dem Geschäftsbetrieb« im Rahmen eines Unternehmenspfandrechts[1557]), ist eindeutige Identifizierbarkeit ebenso gegeben.

Im Ergebnis zeigt sich jedenfalls auch hier, dass das belgische Register einen vergleichsweise hohen Informationswert anstrebt. Mehr an Information zu den belasteten Vermögenswerten als deren eindeutige Identifizierbarkeit muss ein Publizitätssystem insgesamt nicht bereitstellen. Im Gegensatz zum DCFR, der zusätzlich zu eher rudimentären Angaben im Register mit ergänzenden Auskünften seitens des gesicherten Gläubigers operiert, oder zum französischen *gage*-Register, das ergänzend zu noch geringfügigeren Registerangaben das Einholen zusätzlicher Informationen bei der registerführenden Gerichtskanzlei ermöglicht, versteht sich das belgische Register offensichtlich als zentrale und letztlich einzig notwendige Informationsquelle.

c. *Abfrage*

Zuletzt ist darauf einzugehen, wie dritte Interessenten mithilfe des Registers zu den für ihre Interaktion mit dem Sicherungsgeber relevanten Informationen gelangen. Dabei stellen sich mehrere teilweise zusammenhängende Fragen: Welche Informationen werden dem Nutzer des Registers im Rahmen einer Abfrage zur Verfügung gestellt (bzw basiert das System allenfalls auf weiteren Informationsquellen neben dem Register)? Wer darf eine Registerabfrage durchführen bzw bestehen hierfür allenfalls einschränkende Voraussetzungen? Wenn ja: wer entscheidet über den Zugang zur Information: der Gesetzgeber (generell-abstrakt) oder der Sicherungsgeber selbst (individuell)? Hier interessiert, wie das neue belgische Recht diese Aspekte mit evidenter Interdependenz austariert. Schließlich fragt sich in rein praktischer Hinsicht, wie der Abfragevorgang in einem modernen europäischen Registersystem organisiert ist.

(i.) Inhalt der bei Abfrage erlangten Information

Die erste der oben aufgeworfenen Fragen ist im belgischen Rechtssetzungsprozess am frühesten entschieden worden. Sie lässt sich auf der Grundlage des bereits

fehlung 63 verweist inhaltlich auf Empfehlung 14, zu der sich die Materialien weiterhin ausdrücklich bekennen (oben FN 1553). Die Streichung des zitierten Satzes lässt sich daher wohl am ehesten so interpretieren, dass eine generische Beschreibung des Sicherungsguts nicht – wie dies in der ursprünglichen Fassung den Anschein gehabt haben mag – in jedem Fall genügt, sondern nur, wenn im Ergebnis eindeutige Identifizierbarkeit gewährleistet ist.

1557 Im Rahmen eines *gage sur fonds de commerce* ist ja nach hA die Verpfändung von Forderungsbeständen samt Herbeiführung der Drittwirksamkeit durch Registrierung weiterhin möglich. Vgl oben IV.D.3.b. unter 2. und 3.

Erörterten auch relativ rasch abhandeln: Die Online-Abfrage wirft gemäß Art 31 Pfandgesetz sämtliche nach Art 30 Pfandgesetz in das Register einzugebende Daten und zusätzlich zwei weitere Informationen aus, nämlich eine Eintragungsnummer und das Datum der Registrierung.[1558] Die Datumsangabe dient in erster Linie der Prioritätenbestimmung. Die Eintragungsnummer dient der inneren Organisation des Registers und kann als Abfragekriterium für das gegenständliche Pfandrecht verwendet werden.[1559]

Der **Informationswert** des belgischen Registers ist demnach, wie bereits mehrfach angeklungen, **vergleichsweise hoch.**

(ii.) **Befugnis zur Abfrage**

In Hinblick auf diesen hohen Informationsgehalt des Registers erlangt die Frage, wem – allenfalls unter welchen Bedingungen – der Zugriff auf das Register zu Abfragezwecken offenstehen soll, besondere Bedeutung. Die Lösung dieser Frage hat im Rechtssetzungsprozess erhebliche Probleme verursacht und war ein wesentlicher Grund für die mehrfache Verzögerung des Projekts. In Hinblick auf die allgemeine Bedeutung der Fragestellung für die Rechtsentwicklung in anderen Staaten oder auf europäischer Ebene wird deren wechselhafte Entwicklung hier etwas näher nachgezeichnet. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass man zur Lösung der dahinterstehenden Sachprobleme durchaus auch am oben erörterten Inhalt der aus dem Register ersichtlichen Informationen hätte »drehen« können. In Belgien ist dies nach Verabschiedung des ursprünglichen Reformgesetzes von 2013 allerdings nicht erfolgt.

1. Der erste Ansatz im Gesetzgebungsprozess war ein liberaler: Nach dem Vorentwurf der Expertengruppe sollte der Registerzugang jedermann offenstehen.[1560] Daran hat sich allerdings Kritik unter anderem im Staatsrat entzündet, der das Fehlen jeglicher Differenzierung beim Kreis der potentiellen Registernutzer mo-

1558 Näher zu den gemäß Art 30 Pfandgesetz einzugebenden Daten bereits oben IV.D.4.b. Insgesamt erscheinen somit nach Art 31 Abs 1 Pfandgesetz folgende Daten: 1. Eintragungsnummer; 2. Identität des Gläubigers bzw seines Vertreters; 3. Identität des Sicherungsgebers; 4. gegebenenfalls die Identität des Beauftragten; 5. Bezeichnung des Sicherungsguts; 6. Bezeichnung der gesicherten Forderung(en); 7. Haftungshöchstbetrag; 8. Erklärung der Haftungsübernahme durch den Gläubiger bzw Vertreter; 9. Datum der Registrierung.

1559 Diese Eintragungsnummer ist nicht mit der bereits angesprochenen Identifikationsnummer zu verwechseln, die der Gläubiger bei Abschluss des Registrierungsvorgangs erhält und mit der er die Registrierung ändern, erneuern, löschen, übertragen oder (im Fall eines Pfandrechts) auf seinen Rang verzichten kann (vgl oben IV.D.4.b. unter 1. bei FN 1532). Vgl zum Ganzen *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 45 ff).

1560 Art 35 Pfandgesetz idF des *Avant-projet* (dort Anhang S 15). Der freie Zugang für jedermann wird in der Gesetzesbegründung idF dieses Vorentwurfs mehrfach hervorgehoben (vgl etwa *Avant-projet* 33, 62). Diese Passagen wurden in späteren Phasen des Gesetzgebungsprojekts gestrichen.

nierte.[1561] Der Gesetzgeber hat diese Kritik ernst genommen, im ursprünglichen Gesetzestext von 2013 jedoch noch keine endgültige Lösung bereitgehalten: Nach Art 34 Abs 1 idF 2013 sollten **Zugang** zum Register einerseits der Sicherungsgeber und der gesicherte Gläubiger sowie zweitens jene Kategorien von Personen und Institutionen haben, die erst durch Verordnung des Königs nach Konsultation einer Kommission zum Schutz des Privatlebens festgelegt werden sollten. Die Materialien hielten sich mit Konkretisierungen zurück. Gesagt wurde lediglich, dass diese Kategorien entsprechend dem Zweck des Registers, Publizität und Drittwirkung des Pfandrechts sicherzustellen, zu bestimmen seien und dass zwei Kategorien von Personen denkbar wären, denen ein legitimes Interesse an der Konsultation des Registers zukommen könne: Es seien dies einerseits Personen, die **»vom Pfandrecht persönlich betroffen« sind,** wie beispielsweise jene, die möglicherweise selbst ein Pfandrecht an der betreffenden Sache oder diese selbst im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit erwerben wollen. Andererseits sei an Personen zu denken, die ein »**professionelles Interesse** in direktem Zusammenhang mit der Existenz des Pfandes haben«. Darunter sollten verschiedene »Beauftragte der Justiz« fallen[1562] wie Gerichtsdiener und Kuratoren,[1563] vermutlich auch Insolvenzverwalter. Nach dem damaligen Stand des Gesetzestexts und der Materialien erschien es nicht ausgeschlossen, dass potentiellen **ungesicherten Drittgläubigern,** also Personen, die in Erwägung ziehen, mit dem Sicherungsgeber ohne dingliche Sicherung ihrer künftigen Ansprüche in rechtsgeschäftlichen Kontakt zu treten, der Registerzugang verwehrt hätte bleiben können. Nach den zitierten Beispielen hätte dies sogar auch nicht-professionelle Käufer von potentiellem Sicherungsgut treffen können.[1564] Dass damit die von einem Mobiliarsicherheitenregister üblicherweise angestrebte Publizitätswirkung ganz erheblich beschnitten worden wäre, liegt auf der Hand. Auch hätte sich der Aufwand zur Feststellung der Zugangsberechtigung in jedem Einzelfall und damit die mit der Nutzung des Registersystems insgesamt verbundenen Transaktionskosten im Ergebnis als erheblich erweisen können. Zudem hätte sich aus verfassungsrechtlicher Sicht uU ein

1561 Vgl den *Avis du Conseil d'État/Advies van de Raad van State,* DOC 53 2463/001, 106 f mit FN 5 und 113 FN 17; es sei streng auf eine Übereinstimmung mit den Zwecken des Registers zu achten. Dem folgen die Gesetzmaterialien zum ursprünglichen Reformgesetz von 2013 *(Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 51). Auch in späteren Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren wurde die Auffassung vertreten, dass der Zugang zum Register auf bestimmte Kategorien von Personen mit einem rechtmäßigen Interesse beschränkt bleiben solle; so etwa *im Avis de la Commission de la protection de la vie privée/Advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nr 19/2016* vom 27.4.2016, nr 17. Kritisch gegenüber derartigen Bedenken *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (77 f), unter anderem mit dem Hinweis, dass gegen die im belgischen Recht schon bisher bestehenden Registersysteme (zB für Hypotheken und den *gage sur fonds de commerce)* keine Bedenken lautgeworden seien.

1562 Das Bisherige nach *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 52.

1563 Hierzu auch *Avant-projet 62.*

1564 Diese Schlussfolgerung ziehen *Morell/Helsen,* ERPL 2014, 393 (420).

Diskriminierungsproblem ergeben können, aus welchem Grund im Schrifttum teilweise vertreten wurde, dass der Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers ohnehin gering sei und im Ergebnis ein sehr weiter, wenn nicht unbeschränkter Zugang zum Register gewährt werden müsse.[1565]

2. Von diesem Grundkonzept hat man sich mit der Novelle vom 25.12.2016 verabschiedet. Der neu gefasste Art 34 Pfandgesetz bestimmt nun, dass der Zugang zum Pfandregister **jedermann** offensteht, lediglich die Regelung von Modalitäten wird der – mittlerweile ebenfalls ergangenen – königlichen Verordnung[1566] vorbehalten. Weder dort noch an anderer Stelle des Pfandgesetzes finden sich allerdings Beschränkungen hinsichtlich des zur Abfrage befugten Personenkreises oder sonstige Bedingungen, aus denen sich eine Beschränkung der Abfragebefugnis ergäbe. Man ist also letztendlich zum ursprünglichen Vorschlag der Expertengruppe[1567] zurückgekehrt.

Die Gründe sind mehrschichtig. Zum einen schien, wie bereits oben angemerkt, unklar, welche Personen ein »professionelles Interesse in direktem Zusammenhang mit der Existenz des Pfandes haben«. Zum anderen hat man in der Zugangsbeschränkung einen Widerspruch mit wesentlichen Zielen des Gesetzes gesehen. Öffentlichkeit sei eine zentrale Voraussetzung für adäquate Publizität und bei der Registerabfrage in gleichem Maße zu gewährleisten, wie auch sie auch bei der alternativ möglichen Besitzübertragung gegeben sei. Nur gewissen Dritten den Zugang zum Register zu eröffnen, sei diskriminierend, eine sachlich gerechtfertigte Eingrenzung legitimer Interessen a priori im Grunde nicht möglich. Überhaupt liefe es den Effizienzanforderungen an ein gut funktionierendes Registersystem zuwider, wenn bei jeder Registerabfrage ein berechtigtes Interesse darzutun und zu überprüfen wäre. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass auch im belgischen Hypothekenregister jedermann zur Abfrage befugt sei.[1568]

Im Ergebnis hat man damit mE jedenfalls den richtigen Schritt getan. Um den Bedenken des Staatsrats und der Kommission zum Schutz des Privatlebens Rechnung zu tragen, hat man allerdings flankierende Maßnahmen getroffen, um einen allfälligen Missbrauch des Registers hintanzuhalten: So erfordert jede Abfrage, auch wenn sie negativ verläuft, die Zahlung einer Gebühr. Auch muss sich

1565 So *Derijcke,* TBH 2013, 691 (706 f).

1566 Siehe *Arrêté royal,* MB/BS 26.9.2017, 88043 (oben FN 1511).

1567 Oben bei FN 1560.

1568 Siehe *Exposé des motifs,* DOC 54 2138/001, 12 ff. Auch das Schrifttum stand dem Modell eines beschränkten Registerzugangs kritisch gegenüber; siehe etwa *Dirix* in *Storme,* Roerende zekerheden 1 (nr 2–7); *Pieters,* Het Pandregister, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 79 (nr 32); *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (77 f); *Derijcke,* TBH 2013, 691 (706 f); *Georges* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 83 (nr 6); *Helsen,* Belang van openbaar pandregister mag niet onderschat worden, Juristenkrant 2015/314, 11.

jede Person, die das Register konsultieren möchte, authentifizieren. Diese Daten betreffend die Identität der abfragenden Person bleiben im System erhalten. Der Sicherungsgeber kann überprüfen, wer in den letzten sechs Monaten seine Daten abgefragt hat (Art 11 der königlichen Verordnung vom 14. 9. 2017). Art 12 dieser Verordnung bestimmt, dass eine missbräuchliche und kommerzielle Nutzung der aus dem Register bezogenen Daten gegen einschlägiges Datenschutzrecht verstößt[1569] und die Haftung des Nutzers für daraus resultierende Schäden begründet. *Bontinck* resümiert: »Die Nutzer sind gewarnt: Sie sind auffindbar und haftbar!«[1570]

3. Diese wechselvolle Entwicklung des neuen belgischen Rechts zur Frage des Registerzugangs regt abschließend einen vergleichenden Blick auf das auch in diesem Punkt abweichende System des **DCFR** an: Dort ist, wie oben erörtert, der Informationswert des Registers in einigen Punkten erheblich geringer. Diese beschränkt detaillierten und beschränkt validen Informationen stehen dafür jedermann per Registerabfrage offen. Verlässliche Kenntnis verschafft sich der Drittinteressent nach dem DCFR aber nicht aus dem Register, sondern durch weitere Nachforschungen beim gesicherten Gläubiger. Dieser ist jedoch nur dann zur Auskunft verpflichtet, wenn der Sicherungsgeber der Auskunftserteilung zustimmt.[1571] Der DCFR sieht also ein zweigestuftes Modell der Informationsbeschaffung vor. Im Rahmen der »zweiten Runde« hat es der Sicherungsgeber selbst in der Hand, individuell zu entscheiden, welchem Dritten Einzelheiten über sein zu Sicherungszwecken verfügbares Vermögen offengelegt werden und wem nicht.

Im Rahmen des belgischen Legislativprojekts wurde dieses alternative Regelungskonzept offenbar schon in einer Frühphase verworfen: In der Begründung des *Avant-projet* findet sich die Aussage, der unvollständige Charakter der im Register ersichtlichen Information könne Unsicherheit auslösen, die eine aufwändige Erhebung von Auskünften erforderlich machen würde. Hierdurch würden die Transaktionskosten steigen, was durch sonstige Vorteile eines solchen Modells nicht ausgeglichen würde.[1572]

Stattdessen übernimmt es im belgischen System – bei, wie gesehen, mutmaßlich sehr hohem Informationswert des Registers – der Gesetzgeber selbst, zwischen

1569 Ausdrücklich genannt wird das Gesetz vom 8. 12. 1992 über den Schutz des Privatlebens hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten.

1570 *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 42).

1571 Vgl IX.–3:319 DCFR und hierzu einführend V.A.2.4. sowie näher V.D.2.3. Zum Ganzen etwa *W. Faber,* JBl 2012, 341 (355 f).

1572 Siehe *Avant-projet* 30. Im Anschluss auf diese Aussage wird irreführenderweise DCFR Full Edition 5497 zitiert, wo exakt die gegenteilige Schlussfolgerung gezogen wird (nämlich, dass die erhöhten Transaktionskosten aufgrund weiterer Nachforschungen beim gesicherten Gläubiger durch die sonstigen Vorteile des dort propagierten Ansatzes bei weitem ausgeglichen würden). – Der betreffende Absatz wurde in den späteren »offiziellen« Gesetzgebungsmaterialien gestrichen; vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 22.

den (potentiell unterschiedlich starken und unterschiedlich legitimen) Informationsinteressen Dritter und den im Ansatz ebenfalls legitimen Interessen des Sicherungsgebers an der Achtung seiner »wirtschaftlichen Privatsphäre« eine Entscheidung zu treffen. Diese Entscheidung ist stets eine pauschale: Nach dem Modell von 2013 hätten bestimmte Kategorien von Dritten über sämtliche pfandbezogene Informationen sofort verfügt (nämlich durch einfache Registerabfrage). Anderen Kategorien von Dritten wäre, indem ihnen der Registerzugang generell verwehrt geblieben wäre, keinerlei Information eröffnet worden. Nach dem Modell von 2016 erhalten alle Nutzer sämtliche Informationen durch den einmaligen Akt einer Registerabfrage. Der Sicherungsgeber kann auf den Umfang der unterschiedlichen Dritten verfügbaren Informationen keinen unmittelbaren Einfluss nehmen. Er bleibt auf eine nachträgliche Missbrauchskontrolle beschränkt. Ob damit den unterschiedlichen Interessen der verschiedenen Akteure ausreichend Rechnung getragen ist, wird sich erst zeigen. Das belgische Modell bleibt insofern jedenfalls ein spannendes Beobachtungsfeld.

(iii.) Durchführung der Registerabfrage

Abfragen aus dem belgischen Pfandregister erfolgen grundsätzlich über ein Online-System. Die Recherchemöglichkeiten unterscheiden sich je nachdem, wer die Abfrage durchführt. So steht beispielsweise dem Pfandgläubiger bei Anmeldung zum System eine Rubrik »Meine Pfandrechte (Pfandgläubiger)« zur Verfügung, in der alle zugunsten dieses Gläubigers registrierten Pfandrechte abgerufen werden können.[1573] Der Pfandbesteller verfügt über eine entsprechende Rubrik.[1574] Sowohl Pfandgläubiger als auch Pfandbesteller können sich allerdings auch der im Folgenden erörterten allgemeinen Suchkriterien bedienen.

Im Allgemeinen – dh insbesondere für interessierte Dritte – stehen alternativ folgende **Suchkriterien** zur Verfügung: der Name des Pfandbestellers bzw Vorbehaltskäufers (bzw optional weitere Identifikationsmerkmale des Sicherungsgebers wie Postleitzahl oder Nationalität); die Unternehmensnummer des Pfandbestellers bzw Vorbehaltskäufers; die bei der Registrierung des Sicherungsrechts vergebene einmalige Identifikationsnummer[1575] sowie die Eintragungsnummer.[1576]

1573 Näheres in *Service Public Fédéral Finances,* Registre national des gages, Version 3.0, 74 ff.

1574 In diesem Fall bezeichnet als »Meine Pfandrechte (Pfandbesteller)«; eine entsprechende Rubrik existiert für den Käufer unter Eigentumsvorbehalt. Hierzu *Service Public Fédéral Finances,* Registre national des gages, Version 3.0, 177 f. Gemäß Art 14 Abs 7 *Arrêté royal* MB/BS 26. 9. 2017, 88043 (oben FN 1511) erfordert die Abfrage für den Pfandbesteller bzw Vorbehaltskäufer keine Gebühr.

1575 Zu dieser oben IV.D.4.b. unter 1. aE bei FN 1532.

1576 Siehe *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nrs 48 f); zur praktischen Durchführung einer Abfrage anhand der verschiedenen Kriterien ausführlich *Service Public Fédéral Finances,* Registre national des gages, Version 3.0, 163 ff.

Im Fall der Suche anhand des Namens des Sicherungsgebers oder anhand der Unternehmensnummer besteht optional die zusätzliche Möglichkeit der Eingabe frei gewählter Suchbegriffe, die mit den im Register gespeicherten Daten zur Bezeichnung des Sicherungsguts abgeglichen werden. So kann insbesondere im Fall von mehreren Treffern beim selben Unternehmen auf das tatsächlich gesuchte Pfandrecht eingeschränkt werden.[1577] Eine bloße Freitext-Suche (zB nach einer bestimmten Seriennummer) ist allerdings nicht möglich.[1578] Das Register liefert ausschließlich »Treffer«- bzw »Kein Treffer«-Ergebnisse. Da die Suchkriterien grundsätzlich bereits am Anfang der Suchabfrage in die Suchmaske einzugeben sind, sollen auf Zufall basierende Abfragen verhindert und solche, die die Privatsphäre des Sicherungsgebers verletzen könnten, zusätzlich erschwert werden.[1579]

Vor Durchführung der Abfrage im Register ist eine Gebühr von derzeit einheitlich fünf Euro zu bezahlen. Über das Suchresultat erhält man ein elektronisch signiertes Dokument, in dem entweder ein negatives Suchergebnis oder das aufgefundene Pfandrecht (bzw der aufgefundene Eigentumsvorbehalt) dokumentiert wird. Im Fall mehrerer Treffer wird jenes Sicherungsrecht dokumentiert, das der Nutzer ausgewählt hat.[1580] Wählt er mehrere Suchergebnisse, ist für jedes die Gebühr von fünf Euro zu zahlen.[1581]

Wie sich das neue System insgesamt **bewährt**, wird wohl erst in einigen Jahren fundiert beurteilt werden können. Nach Auskunft aus dem für den Registerbetrieb verantwortlichen Finanzministerium ist man mit der Anfangsphase des Betriebs und nach Ausbügeln vereinzelter kleiner »Kinderkrankheiten« durchaus zufrieden.[1582] Um einen Überblick darüber zu erhalten, ob das betreffende Unternehmen allenfalls wesentliche Teile seines Anlage- bzw Umlaufvermögens verpfändet hat (bzw unter Eigentumsvorbehalt angeschafft hat, sofern diesbezüglich überhaupt eine Registrierung erfolgt ist), wird der interessierte Dritte gegebenenfalls eine Serie von Abfragen durchführen müssen. Die Gesamtkosten halten sich bei einer Gebühr von fünf Euro pro Einzelabfrage gleichwohl in einem vermutlich vertretbaren Rahmen. Von entscheidender Bedeutung dürfte sein, wie gut in der Praxis die Konkretisierung der Suchabfrage anhand frei gewählter Suchbegriffe funktioniert, mit denen Treffer innerhalb der gespeicherten

1577 Liefert die Recherche mehrere Treffer, so kann gemäß Art 9 *Arrêté royal* MB/BS 26.9.2017, 88043 (oben FN 1511) der Nutzer durch Eingabe von Daten, die sich auf die Bezeichnung des Sicherungsguts beziehen, die Suche auf jenes Resultat lenken, für welches eine Bestätigung gewünscht wird.

1578 Siehe wiederum *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nrs 48 f), sowie *Service Public Fédéral Finances,* Registre national des gages, Version 3.0, 164 ff, 168 f.

1579 Siehe abermals *Bontinck* in *Storme,* Roerende zekerheden 203 (nr 49).

1580 Vgl die in FN 1577 erwähnte Möglichkeit der Auswahl unter mehreren Suchergebnissen.

1581 Art 14 Abs 7 *Arrêté royal* MB/BS 26.9.2017, 88043 (oben FN 1511).

1582 Diese Einschätzung verdanke ich einer E-Mail von Herrn *Luc Bontinck* vom 6.3.2018 (also kurz nach der unmittelbaren Startphase), der mit der Umsetzung des Registersystems befasst war.

Beschreibung des Sicherungsguts erzielt werden müssen. Verwendet der Abfrager synonyme Begriffe, die in der Beschreibung des Sicherungsguts nicht vorkommen, wird die Abfrage ein negatives Ergebnis auswerfen, obwohl ein Sicherungsrecht in Wahrheit existiert und fraglos auch drittwirksam ist. Da der Text für die Bezeichnung des Sicherungsguts in einer von drei Sprachen erfolgen kann (Französisch, Niederländisch, Deutsch), ist wohl auch denkbar, dass in der »falschen« Sprache gesucht wird und das Ergebnis uU deshalb negativ ausfällt. Von einer Möglichkeit, verschiedene Suchbegriffe bei der Abfrage mit einem »Oder«-Operator zu verknüpfen, ist zumindest in den mir verfügbaren Erläuterungen nicht die Rede. Gleiches gilt für eine allfällige Möglichkeit einer Trunkierung von Suchbegriffen, um zB dem Risiko unterschiedlicher grammatischer Verwendungsformen desselben Wortstamms begegnen zu können. Das Problem betrifft, sofern es vom Register in der praktischen Umsetzung nicht entschärft werden kann, nicht nur prospektive Geschäftspartner, die über ihre Bereitschaft zu einem potentiell ungesicherten Engagement entscheiden müssen, sondern auch Unternehmen, die bestimmte Gegenstände erwerben oder ihrerseits daran ein Sicherungsrecht begründen möchten: Von diesen verlangt das Gesetz ja, dass sie das Register konsultieren, und schließt daher jede Möglichkeit eines gutgläubigen (lastenfreien bzw vorrangigen) Erwerbs aus (Art 25 Pfandgesetz).

5. Verfügungen über das Sicherungsgut und Erstreckung der Pfandhaftung auf weitere Vermögenswerte

Einige als Spiegelbild der allgemeinen Rechtsentwicklung symptomatische Bestimmungen enthält das neue belgische Recht für die Phase nach Begründung des Pfandrechts. Es zielt mit dem Registerpfand zum einen darauf ab, dass der Sicherungsgeber durch – im weitesten Sinne – **Weiterverwendung** des Sicherungsguts die für die Kreditrückführung erforderlichen Mittel verdienen kann; zum anderen soll dem Pfandgläubiger der **Wert** seiner Sicherheit nach Möglichkeit **erhalten bleiben.** Diese Ziele werden durch verschiedene Bestimmungen verfolgt, die jeweils unterschiedliche Formen der »Verwendung« im Auge haben. Diese sind in der Folge überblicksmäßig – und in Hinblick auf ihre mögliche Vorbildfunktion für weitere potentielle Reformprojekte zT auch etwas ausführlicher – zu erörtern.

a. Faktischer Gebrauch des Pfandobjekts

Die erste und einfachste Möglichkeit einer solchen Weiterverwendung des Sicherungsguts besteht im (bloßen) faktischen Gebrauch der verpfändeten Sache. Dementsprechend **berechtigt** Art 17 Pfandgesetz den Sicherungsgeber **zum vernünftigen Gebrauch** der Pfandgegenstände in Übereinstimmung mit ihrem Verwendungszweck. Im Schrifttum wird angenommen, dass dieses Recht vertraglich

nicht – jedenfalls nicht gänzlich – ausgeschlossen werden kann.[1583] Vereinbarungen darüber, welche Nutzungsformen quasi zum ordentlichen Betrieb des Schuldnerunternehmens gehören, sind hingegen zulässig und werden ausdrücklich empfohlen.[1584]

Auf der anderen Seite trifft den Sicherungsgeber die Verpflichtung, mit dem in seinem Besitz verbleibenden Sicherungsgut sorgsam umzugehen (Art 16 Abs 1 Pfandgesetz: wie ein *bon constituant,* dh ein sorgfältiger Sicherungsgeber). Eine Versicherungspflicht ist nicht ausdrücklich normiert, kann sich jedoch aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht ergeben.[1585] Um den sorgfältigen Umgang mit dem Sicherungsgut kontrollieren zu können, ist der Gläubiger nach Art 16 Abs 2 Pfandgesetz »jederzeit« berechtigt, die verpfändeten Gegenstände zu inspizieren. Dieses Kontrollrecht kann vertraglich konkretisiert und nach hA auch ausgeschlossen werden.[1586] Bei grober Verletzung der Sorgfaltspflicht (oder einer anderen Vertragspflicht) durch den Sicherungsgeber kann der Richter auf Antrag des Gläubigers die Übergabe der Pfandsache an diesen oder in gerichtliche Verwahrung anordnen (Art 22 Abs 2 Pfandgesetz).

b. Verkauf im ordentlichen Geschäftsbetrieb

Die planmäßige »Verwendung« des Sicherungsguts kann andererseits in dessen Veräußerung liegen. Insoweit legt Art 21 Pfandgesetz als Grundsatz fest, dass der (in Besitz der Sache gebliebene) Pfandbesteller mangels gegenteiliger Abrede über das Sicherungsgut in seinem ordentlichen Geschäftsbetrieb **verfügen kann.** Warenbestände dürfen demnach lastenfrei veräußert, zur Vermietung bestimmte Gegenstände vermietet werden. Die Regelung bezweckt, dem Schuldner durch

---

1583 Begründend wird zum einen darauf hingewiesen, dass bei völligem Ausschluss der Benützung nach dem gesetzlichen Modell ein Pfandrecht mit Besitzübergabe zu vereinbaren wäre; siehe *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 68); *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1214). Zum anderen wird ins Treffen geführt, dass nach Art 18 Pfandgesetz die Möglichkeit der Verarbeitung (als Nutzung im weiten Sinn) vertraglich ausgeschlossen werden kann. Daraus ergebe sich im Umkehrschluss, dass ein völliger Ausschluss des Nutzungsrechts nicht zulässig sei; idS *Van den Broeck,* Artikelen 16–18 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2015) 11 (nr 12).

1584 Siehe *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 68). Auch Verbraucher sind zur Nutzung des Sicherungsobjekts gemäß seinem normalen oder vertraglich vereinbarten Zweck berechtigt (zB zum Fahren mit dem verpfändeten Fahrzeug); *Steenot* aaO.

1585 *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 64); *Van den Broeck,* Artikelen 16–18 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 11 (nr 6).

1586 Möglich sind etwa Vereinbarungen darüber, wie und wann das Recht ausgeübt werden kann. Die Ausübung des Kontrollrechts soll auf keinen Fall zu einer Verletzung des Privatlebens des Pfandbestellers führen. Dem Ausdruck »jederzeit« in Art 16 Abs 2 Pfandgesetz wird daher kein allzu wörtliches Verständnis beigemessen. Siehe wiederum *Van den Broeck,* Artikelen 16–18 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 11 (nr 7 f); *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 64).

normale Nutzung der Pfandgegenstände zu ermöglichen, die Mittel zur Rückführung des Kredits zu generieren.[1587] Auch über Forderungen darf der Pfandgeber im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebs verfügen. Dies gilt insbesondere, aber keineswegs ausschließlich bei Verpfändung des gesamten Unternehmens *(gage sur fonds de commerce).* Meist werde ausdrücklich oder implizit eine Befugnis des Pfandbestellers vereinbart, die verpfändeten Forderungen einzuziehen oder abzutreten.[1588]

Entscheidende Bedeutung erlangt somit die Frage, wo und wie bei Fehlen einer genauen vertraglichen Regelung die Grenzen des »**ordenlichen Geschäftsbetriebs**« des Sicherungsgebers im Einzelnen zu ziehen sind. Hierüber scheinen in einem Kernbereich klare Vorstellungen zu herrschen; es tun sich aber durchaus auch Unsicherheiten auf. Klar ist, dass die Veräußerung von Warenbeständen zu marktüblichen Preisen durch einen Händler oder Produzenten in dessen ordentlichem Geschäftsbetrieb erfolgt. Umgekehrt umfasst der ordentliche Geschäftsbetrieb grundsätzlich nicht den Verkauf von Ausrüstungsgegenständen und zur Produktion erforderlichen Maschinen. Besonders eindeutig ist dies natürlich, wenn unverzichtbare Betriebsmittel verkauft, aber nicht durch neue ersetzt werden sollen.[1589] Es wird aber auch die – berechtigte – Frage aufgeworfen, ob der völlig übliche Verkauf von Anlagevermögen, das vollständig abgeschrieben ist, nicht ebenfalls dem ordentlichen Geschäftsbetrieb zugerechnet werden sollte.[1590] Klar ist wiederum, dass auch der Verkauf von Umlaufvermögen dann nicht zum ordentlichen Geschäftsbetrieb zu rechnen ist, wenn dieser zu Schleuderpreisen erfolgt. Ist hingegen das Pfandobjekt eine sehr wertvolle Sache, etwa ein Kunstwerk, greift dessen Verkauf die Sicherheit des Gläubigers an. Es wird daher vertreten, dass der Verkauf von Pfandgegenständen, die einzigartig und unersetzbar sind, im Regelfall verboten ist.[1591] Festgehalten wird aber auch, dass der Sicherungsgeber nicht verpflichtet ist, den gesamten Geschäftswert zu erhalten.[1592] Letztlich entscheidet über die Verfügungsbefugnis aber jedenfalls eine allenfalls zwischen Pfandbesteller und Gläubiger getroffene Vereinbarung.

1587 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 44 f mit Verweis auf IX.–5:204 DCFR.
1588 *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 50).
1589 Vgl etwa *Caeymaex/Cavenaile,* Manuel des sûretés mobilières 147 nr 168.
1590 So bei *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1214 f). In den Gesetzesmaterialien wird zum Verständnis des »ordentlichen Geschäftsbetriebs« beispielhaft auf IX.–5:204 DCFR verwiesen *(Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 45). Die Comments zu dieser Bestimmung führen aus, dass unter anderem aufgrund sonst drohender Abgrenzungsschwierigkeiten und dadurch bewirkter Rechtsunsicherheit auch bei veraltetem Anlagevermögen eine Verkaufsermächtigung ausgeschlossen sein solle, es sei denn, die Parteien haben ausdrücklich anderes vereinbart; siehe Comment C zu IX.–5:204, DCFR Full Edition 5582 f.
1591 *Caeymaex/Cavenaile,* Manuel des sûretés mobilières 147 nr 168.
1592 *Caeymaex/Cavenaile,* Manuel des sûretés mobilières 147 nr 168.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die von Art 21 Pfandgesetz vorgesehene Verfügungsbefugnis beim Verkauf im ordentlichen Geschäftsbetrieb durch vertragliche Vereinbarung auch gänzlich **ausgeschlossen werden kann.** Ist dies der Fall, ist ein lastenfreier Erwerb allenfalls noch nach den Regeln über den gutgläubigen Eigentumserwerb möglich (Art 2279 Cc; ab 1. 9. 2021 Art 3.28 Cc). Ein solcher ist professionellen Erwerbern im Fall der Registrierung des Pfandrechts allerdings von vornherein verwehrt (Art 25 Pfandgesetz).[1593] Für die Praxis hat dies den Effekt, dass Unternehmer, die Waren im ordentlichen Geschäftsbetrieb des Veräußerers erwerben, gleichwohl gehalten sind, eine Registerabfrage durchzuführen, da ein lastenfreier Erwerb bei abbedungener Verfügungsbefugnis im Ergebnis nur dann in Betracht kommt, wenn kein Pfandrecht registriert ist. Dies hat im belgischen Schrifttum durchaus Kritik hervorgerufen.[1594]

Ist der Tatbestand des Art 21 Pfandgesetz nicht erfüllt, erfolgt also der Verkauf außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebs, bleibt das registrierte Pfandrecht aufrecht.[1595] Ausnahme ist auch hier der gutgläubige Erwerb gemäß Art 2279 bzw Art 3.28 Cc, wiederum beschränkt durch die eben erwähnte Regel des Art 25 Pfandgesetz, wonach im Fall eines professionellen Einzelrechtsnachfolgers die Registrierung des Pfandrechts eine Anwendung von Art 2279 bzw Art 3.28 Cc ausschließt.

c. *Fortbestehen des Sicherungsrechts durch dingliche Subrogation*

Weitere Regelungen zielen darauf ab, in verschiedenen Fällen von Veränderungen, denen das Sicherungsgut unterworfen sein kann, dem Gläubiger seine **gesicherte Position zu erhalten.** Hierher rechnet zunächst Art 9 Pfandgesetz zur dinglichen Subrogation: Alle **Forderungen**, die an die Stelle der pfandverfangenen Sache treten, werden automatisch vom Pfandrecht des Gläubigers erfasst. Das Gesetz nennt als Beispiele Forderungen, die aus einer Veräußerung des Pfandguts resultieren, sowie solche, die als Ausgleich eines Schadens dienen (also Schadenersatzansprüche bzw Forderungen gegen eine Versicherung). Die Regelung, so weit sie grundsätzlich ist, impliziert allerdings zugleich eine Beschränkung: Art 9 Pfandgesetz spricht nur von Forderungen; ist die Forderung einmal erfüllt, zB der Kaufpreis an den Pfandbesteller bezahlt, hat die Erstreckungswirkung nach dem Wortlaut des Gesetzes ein Ende. In der Literatur werden allerdings Versuche unternommen, diese engen Grenzen der Subrogation zu überwinden. Im Vordergrund steht dabei der Fall, dass mit dem durch den Verkauf des Sicherungsguts

1593 Vgl bereits oben IV.D.3.c. mit FN 1510.

1594 So bei *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 81) mit Verweis auf IX.–5:303(2) und IX.–6:102(2) DCFR, wonach im Fall des Erwerbs im ordentlichen Geschäftsbetrieb trotz Registrierung ein gutgläubig lastenfreier Erwerb durchaus möglich bleibt.

1595 Art 24 Abs 1 Pfandgesetz drückt dies dergestalt aus, dass das Pfandrecht den belasteten Vermögenswerten folgt, durch wessen Hände auch immer sie gehen.

erlangten Geld eine andere Sache angeschafft wird, die dann ebenfalls dem Pfandrecht unterliegen soll.[1596] Fraglich wäre auf dieser Grundlage etwa die Lösung des denkbaren Falles, dass bei einer Vermengung gleichartiger Sachen an die Stelle des Alleineigentums des Pfandbestellers an seinen Stücken Miteigentum am Gesamtbestand treten sollte.[1597] Hierfür hat der Gesetzgeber allerdings gesondert Vorsorge getroffen.[1598]

Eine mögliche gesetzliche Lösung für Ersatz-Vermögenswerte, die nicht in Forderungen bestehen, könnte sich durch die Einführung einer allgemeinen Regelung zur dinglichen Subrogation in Art 3.10 Cc mit 1.9.2021[1599] abzeichnen. Danach erstreckt sich ein dingliches Recht automatisch in **alle Vermögenswerte** *(biens),* die an die Stelle des ursprünglichen Objekts des dinglichen Rechts treten, sofern das dingliche Recht an dem neuen Objekt sinnvoll ausgeübt werden kann und kein anderer Behelf zum Schutz des dinglichen Rechts zur Verfügung steht. Dies trifft auf den oben genannten Fall des bereits gezahlten Kaufpreises grundsätzlich zu, zumal Subsidiarität gegenüber Bereicherungsansprüchen nach den Gesetzesmaterialien nicht besteht[1600] und dingliche Sicherungsrechte zu den dinglichen Rechten im Sinne des neuen Buchs III Cc gehören (Art 3.3 Cc).

Einen quasi »umgekehrten« Fall von Subrogation schreibt Art 68 Pfandgesetz fest: Ist zunächst eine Forderung verpfändet und hat diese die Lieferung von Waren zum Gegenstand, überträgt sich das Pfandrecht, wenn der Pfandgläubiger die Forderung geltend macht, auf die gelieferte Sache.[1601] Trifft ein solcherart auf die gelieferte Ware erstrecktes Pfandrecht auf ein älteres, vom Sacherwerber an

1596 Siehe *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 62), der in Art 9 Pfandgesetz nur einen Anwendungsfall eines vom Gesetzgeber allgemein übernommenen Prinzips der dinglichen Subrogation sieht. Er verweist hierfür auf die Gesetzesmaterialien, die sich in der Tat in diesem Sinne lesen lassen: Aufgrund der dinglichen Subrogation könne das Sicherungsrecht »an den Vermögenswerten« *(biens, goederen)* fortbestehen, die an die Stelle der ursprünglich belasteten Sache treten *(Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 38 f). Ähnlich *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 39) mit zusätzlichem Hinweis auf (richtig wohl:) *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 45.

1597 Das hier gebildete Miteigentumsbeispiel hat nach belgischem Recht zugegebenermaßen eher theoretischen Charakter, da in Fällen der Verarbeitung, Verbindung und Vermengung meist die *possession vaut titre*-Regel des Art 2279 Cc (ab 1.9.2021: bzw Art 3.28 Cc) greift und zum Alleineigentum des Besitzers führt; vgl *Cauffman/Sagaert,* National Report on the Transfer of Movables in Belgium, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), National Reports on the Transfer of Movables in Europe IV (2011) 189 (294 ff). Ausgeschlossen ist die Situation jedoch nicht, da einerseits auch Schlechtgläubigkeit des Besitzers in Betracht kommt und andererseits die entsprechenden Bestimmungen im belgischen Cc dispositiv sind.

1598 Siehe sogleich IV.D.5.d.

1599 Zur Einführung eines neuen Buchs III Cc zum Sachenrecht vgl oben IV.D.1. mit FN 1423. Zum nun in Art 3.10 geschaffenen allgemeinen Fundament des Instituts der dinglichen Subrogation einführend *Sagaert,* EPLJ 2021, 3 (20).

1600 Siehe die Erläuterungen zu Art 3.10 im ursprünglichen Gesetzesvorschlag für das belgische Parlament, DOC 55 0173/001, 30.

1601 Hierzu etwa *Storme* in *Storme,* Roerende zekerheden 223 (nr 59).

seinen künftigen beweglichen körperlichen Sachen begründetes Registerpfandrecht (also ein solches, das nicht auch die zunächst bestehende Forderung auf die Warenlieferung umfasst), behält die erstgenannte, vom Forderungspfand in ein Sachpfand transformierte Sicherheit sachgerechterweise den Vorrang.[1602]

d. Vermengung und Vermischung

Wie angedeutet sorgt das Gesetz für bestimmte weitere Konstellationen gesondert vor: Im Fall der Vermengung oder Vermischung *(confusion)* der pfandbelasteten Sache mit anderen gleichartigen Gütern »wird das **Pfandrecht nicht berührt**«.[1603] Sind mehrere der vermengten Sachen zugunsten verschiedener Gläubiger verpfändet, können diese sich aus den vermengten Sachen im Verhältnis ihrer Rechte befriedigen.[1604]

e. Verarbeitung

1. Die bisher angesprochenen Grundgedanken finden sich auch in Art 18 Pfandgesetz zur Verarbeitung *(transformation):* Der Pfandbesteller ist, sofern nicht anders vereinbart, zur Verarbeitung berechtigt, wenn das Pfandrecht Güter betrifft, die zur Verarbeitung bestimmt sind (Art 18 Abs 1), wie dies etwa bei Rohmaterialien und Halbfertigteilen der Fall ist. Die bestehende Belastung der Sache soll also deren Verwendung im ordentlichen Betrieb des schuldnerischen Unternehmens nicht entgegenstehen,[1605] vielmehr soll die Pfandsache dem Schuldner als wirtschaftliche Grundlage der erfolgreichen Rückführung des Kredits dienen. Im Fall der Verarbeitung führt dies für den Gläubiger allerdings nicht notwendigerweise zum Verlust des Sicherungsrechts: Wenn durch eine solche zulässige Verarbeitung eine neue Sache entsteht, **belastet** das Pfandrecht diese **neu geschaffene Sache**, sofern nichts Anderes vereinbart wurde (Art 18 Abs 2 Satz 1 Pfandgesetz).[1606] Damit ist im Grundsatz beiden gedient: Der Gläubiger behält seine Sicherheit, sie

---

1602 *Peeters/Nobels* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 111 (nr 21).

1603 Art 20 Abs 1 Pfandgesetz. Auf die nähere rechtstechnische Ausgestaltung dieses Ansatzes gehen die Materialien *(Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 44) nicht ein. Jedenfalls kommen die Regeln dieses Artikels unabhängig davon zur Anwendung, ob der Sicherungsgeber, wenn dieser die Vermengung bzw Vermischung selbst herbeiführt, hierzu berechtigt war oder nicht; vgl *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 68).

1604 Art 20 Abs 2 Pfandgesetz. Die Materialien (aaO) verweisen diesbezüglich auf Parallelen zu einer bestehenden Verordnung zur Förderung des Umlaufs von Finanzinstrumenten.

1605 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 43.

1606 Satz 2 dieser Bestimmung regelt den atypischen Fall, dass die Verarbeitung nicht nach Art 18 Abs 1 Pfandgesetz oder gemäß einer getroffenen Parteienabrede erlaubt war: Diesfalls kommen die allgemeinen Bestimmungen der Art 570 ff belg Cc (ab 1.9.2021: Art 3.11, 3.56 Cc) zur Anwendung. Siehe unten IV.D.5.e. unter 5.

besteht nun lediglich an einer anderen Sache, dem Produkt.[1607] Der Sicherungsgeber hingegen ist in der Entfaltung seines Wirtschaftsbetriebs nicht gehemmt; er kann produzieren und die Produkte letztlich wie erwähnt im ordentlichen Geschäftsbetrieb lastenfrei verkaufen (Art 21 Pfandgesetz).

Die praktische Bedeutung dieses mE grundsätzlich sehr sinnvollen Modells hängt freilich ganz entscheidend von der Weite seines Anwendungsbereichs ab. Der Fall, dass sich alle zur Produktion bestimmten Materialien vor Verarbeitung bereits im Eigentum des Verarbeiters befinden und von diesem zugunsten eines einzigen Gläubigers belastet werden (wie zB bei einem Generalpfand über ein gesamtes Rohstofflager), ist in der Praxis nicht die Regel. Meist werden verschiedenen Gläubigern – einschließlich Verkäufern unter Eigentumsvorbehalt – an verschiedenen Materialien Sicherungsrechte zustehen. Von entscheidender Bedeutung für die Lösung solcher Fälle ist das Verständnis von Art 18 Abs 3 Pfandgesetz. Dieser trifft folgende Regelung: »Wenn bei der Verarbeitung Sachen von Dritten *(les biens de tiers)* verwendet werden und die Abtrennung dieser Sachen unmöglich oder wirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist, belastet das Pfandrecht diese neu geschaffene Sache, wenn diese Sache die Hauptsache iSd Art 567 Cc (seit 1.9.2021: Art 3.57 Cc) ist, oder gegebenenfalls, wenn diese Sache diejenige mit dem höchsten Wert ist. In diesem Fall verfügt der Dritte über einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den gesicherten Gläubiger.«

2. Diese Bestimmung wirft mehrere Fragen auf.[1608] Die erste geht dahin, **wer »Dritter«** im Sinne dieser Regelung sein soll: ein anderer Pfandgläubiger an Materialstücken, die aber ebenfalls dem Sicherungsgeber (Verarbeiter) gehören; oder nur ein dritter (dh vom Verarbeiter verschiedener) Eigentümer sonstiger Materialstücke? Sowohl der Wortlaut *(biens de tiers* bzw *goederen van derden)* als auch ein Hinweis in den Gesetzesmaterialien[1609] sowie wohl auch die Gesetzessystematik[1610]

1607 Im typischen Fall, dass das Pfandrecht zunächst an einer Vielzahl an Materialien besteht (etwa an einem Rohstofflager) und all diese Materialien im Wege der Verarbeitung in gleichartige Produkte transformiert werden, bereitet auch das bei Pfandverwertung allenfalls kritische Erfordernis der Identifizierung der pfandbelasteten Stücke keine grundsätzliche Schwierigkeit, da schlicht alle vorhandenen Produkte vom Sicherungsrecht erfasst sein werden.

1608 Diesen wird hier deshalb näher nachgegangen, weil es sich bei Art 18 Pfandgesetz um ein in der jüngeren europäischen Gesetzgebung ganz seltenes Beispiel einer ausdrücklichen Regelung von Verarbeitungsfolgen speziell für Sicherungsrechte handelt, sodass die Frage nach einer allfälligen Vorbildfunktion für die künftige Entwicklung in Österreich besonders interessiert.

1609 Diese weisen darauf hin, dass man sich hinsichtlich der Lösung in Art 18 Abs 3 Pfandgesetz an Prinzipien des Code civil anschließen könne *(Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 43), womit offensichtlich die teilweise im Gesetzestext zitierten Art 565 ff Cc gemeint sind. Diese regeln nun gerade Sachverhalte, in denen Sachen verschiedener Eigentümer verbunden werden.

1610 Vgl den in Art 18 Abs 3 Pfandgesetz aufgenommenen Verweis auf Art 567 Cc (nunmehr Art 3.57 Cc), der wie erwähnt (FN 1609) Fälle der Zusammenfügung von Sachen verschiedener Eigentümer betrifft.

sprechen für die zweitgenannte Variante; also dafür, dass Abs 3 von vornherein auf Fälle beschränkt ist, in denen die verarbeiteten Sachen verschiedenen Eigentümern gehören.[1611]

3. Dann fragt sich zum Zweiten, ob ein solcher »dritter Eigentümer« auch ein unbezahlter **Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt** sein kann. In diesem Fall wäre der praktische Anwendungsbereich der von Art 18 Pfandgesetz intendierten Erstreckung von Sicherungsrechten in das Verarbeitungsprodukt erheblich eingeschränkt, da nach dessen Abs 3 ja nur das an jenem Materialteil bestehende Sicherungsrecht, der insgesamt als »Hauptsache« oder als der wertvollste Teil gilt, aufrecht bleibt. Durch Eigentumsvorbehalt gesicherte Lieferanten der weniger bedeutenden Materialien wären dann ab erfolgter Verarbeitung nicht mehr dinglich gesichert. Ein solches Auslegungsergebnis scheint im belgischen Schrifttum in der Tat vorzuherrschen.[1612] Ob man damit den zentralen Grundwertungen des neuen Rechts gerecht wird, ist jedoch zweifelhaft: Wie erwähnt verfolgt der belgische Gesetzgeber beim Eigentumsvorbehalt grundsätzlich einen »funktionalen Ansatz«, behandelt ihn also, soweit es nicht um Publizitätsaspekte geht, grundsätzlich wie ein »bloßes« Sicherungsrecht. Die formale Position des Verkäufers als Eigentümer soll sich hinsichtlich der Sicherungseffekte – abgesehen wohl von der Geltendmachung durch Sachrücknahme – grundsätzlich nicht auswirken.[1613] Diesem Ansatz folgt nun insbesondere auch Art 70 Pfandgesetz, der für Fragen der dinglichen Subrogation, der Verarbeitung und Vermischung schlicht ausspricht, dass die Artikel 9, 18 und 20 (also die diesbezüglichen Bestimmungen zum *gage/pand)* Anwendung finden.[1614] Der Vorbehaltsverkäufer sollte daher im Rahmen des Art 18 Pfandgesetz wie ein Pfandgläubiger behandelt werden.[1615] Damit wären mehrere Vorbehaltsverkäufer verschiedener Materialien aber keine »Dritten« iSv dritten Materialeigentümern gemäß Art 18 Abs 3 Pfandgesetz. Vielmehr bliebe es, wenn das zur Verarbeitung bestimmte Material lediglich von Pfandrechten verschiedener Gläubiger und/oder von Sicherungsrechten verschiedener Vorbehaltsverkäufer belastet ist,

1611 Demgegenüber unterliegt der erstgenannte Fall, dass das gesamte Material im Eigentum des Verarbeiters (Sicherungsgebers) steht, an den Materialstücken jedoch verschiedene Pfandrechte zugunsten unterschiedlicher Gläubiger begründet sind, dem bereits oben besprochenen Art 18 Abs 2 Pfandgesetz: Die Pfandrechte setzen sich an der neu geschaffenen Sache fort.

1612 So bei *Sagaert,* Het eigendomsvoorbehoud (en retentierecht) onder de Pandwet, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 29 (nr 40 f). Siehe auch *Verlaeckt,* Artikel 70, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 627 (630) mit Hinweis auf potentielle praktische Probleme, wenn aufgrund der Vielzahl verarbeiteter Materialien Kriterien wie die »Hauptsache« oder der »höchste Wert« nutzlos werden.

1613 Vgl oben IV.D.2. aE sowie unten IV.D.7.c.

1614 Die Gesetzesmaterialien zu diesem Artikel heben den funktionalen Ansatz besonders hervor und betonen, der Eigentumsvorbehalt werde als »eigenständiges Sicherungsrecht« aufgefasst. Siehe *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 70.

1615 So auch das Verständnis bei *Loof/Berlee* in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits,* Who Does What? 211 (235).

nicht aber teilweise auch im (nicht-bloß-Vorbehalts-)Eigentum eines Dritten steht, bei der Anwendung des Art 18 Abs 2 Pfandgesetz: Alle Sicherungsrechte gehen auf das Produkt über und bleiben damit aufrecht. Abs 3, der Sicherungsrechte untergehen lässt, soweit sie nicht am hauptsächlichen oder wertvollsten Materialteil bestanden haben, käme in solchen Konstellationen gar nicht zur Anwendung. Damit verbliebe der als sinnvoll angesehenen Lösung, dingliche Sicherungsrechte am Produkt möglichst aufrecht zu belassen, praktisch gesehen doch ein erheblicher Anwendungsbereich. Ob sich diese Interpretation in der belgischen Diskussion und Rechtsanwendung durchzusetzen vermag, ist allerdings offen.

4. Die letzte Frage bezüglich Art 18 Abs 3 Pfandgesetz betrifft dessen Satz 2, der für den »leer ausgehenden« Dritten, dessen Eigentumsrecht im Zuge der Verarbeitung untergeht, weil sein Beitrag nicht Hauptsache oder wertvollster Teil war, einen **Bereicherungsanspruch** vorsieht: Warum richtet sich dieser Bereicherungsanspruch gegen den gesicherten Gläubiger? Diese Lösung leuchtet mE auf den ersten Blick nicht, auf den zweiten allenfalls teilweise ein. Auszugehen ist ja davon, dass sämtliche Materialwerte und zusätzlich die auf die Arbeitsleistung im Zuge der Verarbeitung zurückzuführende Wertsteigerung im Produkt weiter vorhanden sind. Der gesicherte Gläubiger, dessen Pfandrecht nach Art 18 Abs 3 Pfandgesetz aufrecht bleibt und sich auf das gesamte Produkt erstreckt, erhält aus seinem Pfandrecht aber auch nicht mehr als ihm vor Verarbeitung aus der ihm verpfändeten Sache zustand. Im Normalfall führt die Verarbeitung also eigentlich keine Bereicherung des gesicherten Gläubigers herbei.

Anders mag dies sein, wenn der Wert des Produkts ausnahmsweise hinter den addierten Materialwerten zurückbleibt, den verbliebenen gesicherten Gläubiger diese Wertminderung jedoch nicht trifft, weil sich sein Pfandrecht nun auf das gesamte Produkt erstreckt und er bei Eintritt des Sicherungsfalls somit weiterhin seine gesamte Forderung erhält. Dann wäre er in der Tat auf Kosten des anderen Materialeigentümers teilweise bereichert. Hierzu könnte es ferner kommen, wenn der Wert der ursprünglichen Pfandsache nicht zugereicht hätte, die (höhere) gesicherte Forderung abzudecken. Erstreckt sich das Pfandrecht infolge der Verarbeitung auf das gesamte – deutlich wertvollere – Produkt, hätte der anfangs mangelhaft gesicherte Gläubiger ebenfalls einen Vorteil erzielt, den er ohne die Beiträge der anderen niemals erlangt hätte. Denkbar wäre eine teilweise Bereicherung schließlich dann, wenn das Pfandrecht zunächst an einer Mehrzahl von Materialstücken besteht, an anderen Stücken als dem nunmehr verarbeiteten aus welchen Gründen immer ersatzlos erlischt und der gesicherte Gläubiger nun nur deshalb seine gesamte Forderung[1616] hereinbringen kann, weil sich sein

1616 Oder einen größeren Teil derselben, als den ihm verbliebenen Materialwerten entspricht.

Pfandrecht aufgrund der Verarbeitung zu Lasten anderer Materialeigentümer auf das gesamte Produkt erstreckt. In Höhe des selbst zum Produkt beigetragenen Materialwerts tritt aber auch hier keine ungerechtfertigte Bereicherung ein. Vielleicht meint das belgische Gesetz, wenn es dem Dritten Sacheigentümer einen Bereicherungsanspruch gegen den verbliebenen gesicherten Gläubiger gibt, auch nur derartige Ausnahmefälle. Wortlaut und Materialien[1617] legen dies allerdings nicht unbedingt nahe.

Richtigerweise müssen sich Bereicherungsansprüche eines leer ausgehenden dritten Materialeigentümers, wohl aber auch des sein Pfandrecht am bloß untergeordneten Sachbeitrag verlierenden Pfandgläubigers, gegen denjenigen richten, der im Zuge der Verarbeitung das Alleineigentum (oder allenfalls einen gemessen an seinem Beitrag überproportionalen Eigentumsanteil) am Produkt erwirbt.[1618] Lediglich im Fall der Verwertung des Produkts, wenn also dessen Sachwert in voller Höhe dem nunmehr allein gesicherten »Hauptbestandteils-Gläubiger« zufließt, wird dieser denkbarerweise zum Adressaten eines Bereicherungsanspruchs, soweit er hierdurch mehr erhalten würde als dem Sachwert seines ursprünglichen Materialpfands entspricht. Möglicherweise ist Art 18 Abs 3 Pfandgesetz in diesem Sinne zu verstehen.[1619]

Insgesamt erscheint damit Art 18 Abs 3 Pfandgesetz – betrachtet man ihn als potentielle Vorbildbestimmung für künftige Legislativbestrebungen im Mobiliarsicherungsrecht – letztlich einigermaßen verunglückt.

5. Im Fall der **unbefugten Verarbeitung** *(transformation non autorisée)* sind nach der ursprünglichen Fassung von Art 18 Abs 2 Satz 2 Pfandgesetz die Art 570 ff Cc anzuwenden; ab Inkrafttreten des neuen Buchs III zum Sachenrecht mit 1.9.2021[1620] wird dort auf die Art 3.11 und 3.56 Cc verwiesen. Die folgende Darstellung berücksichtigt die »alte« Rechtslage ab 2018, zu der literarische Stellungnahmen vorliegen,

1617 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 43. Es entsteht vielmehr der Eindruck, dass ein Bereicherungsanspruch gegen den gesicherten Gläubiger in jedem von Art 18 Abs 3 erfassten Fall zusteht.

1618 Erwerber von Alleineigentum infolge Verarbeitung muss nach belgischem Recht nicht unbedingt der Verarbeiter sein. Nach Art 570 belg Cc ist dies grundsätzlich der Materialeigentümer. Gemäß Art 571 belg Cc erwirbt aber der Verarbeiter dann Alleineigentum, wenn sein Arbeitsbeitrag so bedeutend ist, dass man ihn als »Hauptsache« bezeichnen könnte.

1619 In diese Richtung deutet zumindest eine Nachfrage der Abgeordneten *Özen* im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens, die in genau jenem Sinne gefordert hat, im Gesetzestext ausdrücklich klarzustellen, dass der Bereicherungsanspruch erst im Fall der Realisierung des Pfandes am Produkt besteht (siehe *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/005, 8). Die hierauf gegebene Antwort – dass nämlich die neuen Regelungen »das richtige Gleichgewicht zwischen den verschiedenen beteiligten Parteien« bewahre (aaO 13) – gibt allerdings keine Auskunft darüber, ob die Abgeordnete mit ihrer Forderung einer Nachschärfung die Vorstellungen der Gesetzesverfasser getroffen hat.

1620 Vgl oben IV.D.1. mit FN 1423.

ebenso wie die neue ab 2021. Die Unterschiede sind vor allem struktureller Natur, im Ergebnis jedoch eher graduell. Zentral sind folgende Regeln: Nach Art 570 Cc erwirbt der Materialeigentümer das Alleineigentum am Produkt, vorausgesetzt, dass er den Wert der Arbeitsleistung erstattet. Übersteigt aber der Wert der Verarbeitungsleistung den Wert des Materials erheblich, erwirbt der Verarbeiter das Alleineigentum unter der Voraussetzung, dass er den Wert des verarbeiteten Materials ersetzt (Art 571 Cc). Der mit 1.9.2021 für das Schicksal des Eigentumsrechts an die Stelle der vorgenannten Bestimmungen tretende Art 3.28 Abs 1 Cc ordnet mangels abweichender Parteienvereinbarung[1621] an, dass, wenn ein Dritter die Sache dergestalt »transformiert« (verarbeitet), dass hieraus eine neue Sache entsteht, das Eigentumsrecht an der ursprünglichen Sache erlischt, es sei denn, dass der Wert dieser ursprünglichen Sache den Wert der »Arbeit und Materialien« für die Transformation erheblich übertrifft. Die Neuregelung führt also im Wesentlichen insofern eine Änderung herbei, als der Eigentumserwerb durch den Verarbeiter zum Regelfall wird[1622] und nur dann nicht eintritt, wenn der Wert der ursprünglichen Sache bedeutend höher war. Abs 2 ordnet eine bereicherungsrechtliche Wertersatzpflicht desjenigen an, der das Alleineigentum am Produkt erhält. Ganz übereinstimmend mit der Grenzziehung in Art 3.28 Abs 1 Cc ordnet Art 3.11 Cc – als allgemeine Regel für beschränkte dingliche Rechte – an, dass das beschränkte dingliche Recht im Zuge der Verarbeitung zu einer neuen Sache untergeht, außer der Wert der ursprünglich belasteten Sache übertrifft den Wert der Arbeitsleistung und der Materialien zur Transformation erheblich.

Dieses Regelungskonzept hat in seiner ursprünglichen Form Anwendungsschwierigkeiten bereitet, die wohl hauptsächlich daher rührten, dass die Art 570 ff belg Cc nur die Frage des Eigentumsrechts am Produkt regeln, nicht aber das Schicksal beschränkter dinglicher Rechte wie des Pfandrechts. Im Ergebnis scheint das herrschende Verständnis in der belgischen Literatur aber jedenfalls dahin zu gehen, dass im Fall der unbefugten Verarbeitung einer mit einem Pfandrecht belasteten Sache dieses Pfandrecht am Produkt **nicht in allen Fällen fortbesteht,**[1623] sondern nur dann, wenn die Verarbeitungsleistung den Materialwert nicht erheblich übersteigt und dem Verarbeiter der Wert seiner Arbeitsleistung erstattet wird.[1624] Teilweise wurde dieses Ergebnis dergestalt erzielt, dass man im Tatbestand der oben referierten Art 570, 571 Cc an die Stelle des Materialeigentümers

1621 Art 3.1 Cc ordnet seit 1.9.2021 an, dass die Regelungen im neuen Buch III des Cc dispositiv sind, es sei denn, das Gegenteil wird ausdrücklich angeordnet.

1622 Als Begründung wird angeführt, dass das Gesetz damit zu einem gewissen Grad auch der wirtschaftlichen Entwicklung in Richtung einer Dienstleistungswirtschaft folge, vgl die Erläuterungen im ursprünglichen Gesetzesvorschlag (dort Art 3.71), DOC 55 0173/001, 139.

1623 Soweit die Stellungnahme bei *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 71).

1624 So die etwas konkreteren Stellungnahmen bei *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1218); *Van den Broeck,* Artikelen 16–18 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 11 (nr 18).

bzw des Eigentumsrechts den Pfandgläubiger respektive das Pfandrecht treten ließ.[1625] Andere wählten einen Begründungsumweg über die (bei wörtlichem Gesetzesverständnis sich ergebende) Rechtslage beim Eigentumsvorbehalt: Für diesen verweist ja Art 70 Pfandgesetz hinsichtlich der Verarbeitungsfolgen auf Art 18 Pfandgesetz. Dies führe aufgrund der Eigentümerstellung des Vorbehaltsverkäufers bei Anwendung der Art 570 f Cc zu dem Resultat, dass der Vorbehaltsverkäufer seine Sicherheit nur dann behält, wenn der Wert der Arbeitsleistung nicht deutlich höher ist. Hierauf aufbauend wurde dann unter Berufung auf den betont funktionalen Ansatz des Gesetzgebers, Eigentumsvorbehalt und Pfandrecht weitestgehend gleich zu behandeln, argumentiert, dass die beim Eigentumsvorbehalt klar aus dem Gesetz ableitbare Lösung auf die Verarbeitung von pfandbelasteten Materialien zu übertragen sei.[1626] Die seit 1. 9. 2021 anzuwendende Neuregelung bestätigt das von der vormaligen hA erzielte Ergebnis mit der oben erwähnten Verschiebung der Standardregel zugunsten eines Eigentumserwerbs des Verarbeiters (Art 3.56 Abs 1 Cc). Dank der neu eingeführten allgemeinen Bestimmung für beschränkte dingliche Rechte in Art 3.11 Cc bereitet auch die Verweisungstechnik in Art 18 Abs 2 Satz 2 Pfandgesetz keine Schwierigkeiten mehr: Verwiesen wird nun ja auch direkt auf Art 3.11 Cc, sodass sich das Ergebnis eines regelmäßigen Erlöschens des Pfandrechts – vom Fall des erheblich höheren Werts der ursprünglich belasteten Sache abgesehen – unmittelbar aus dem Gesetzestext ablesen lässt.

Gleichwohl erscheint dieses Ergebnis **unter Wertungsgesichtspunkten** zu einem gewissen Grad **bedenklich,** wozu sich in der ursprünglichen Fassung vor 2021 auch strukturelle Bedenken gesellen, die bei einem Teil der vom Wortlaut des Art 18 Abs 2 Satz 2 Pfandgesetz abgedeckten Fälle verstärkt auftreten; nämlich dann, wenn der **spätere Verarbeiter selbst das Pfand bestellt** hat. Der Pfandgläubiger steht dann im Fall der nicht gestatteten Verarbeitung ja schlechter als wenn er der Verarbeitung zugestimmt hätte. Während bei autorisierter Verarbeitung das Pfandrecht gemäß Art 18 Abs 2 Satz 1 Pfandgesetz (mangels abweichender Vereinbarung) stets aufrecht bliebe, soll es bei unbefugter Verarbeitung untergehen, wenn – was wohl den praktischen Hauptfall darstellt – die Arbeitsleistung (deutlich) mehr wert ist als das Material. Hier verliert ein Pfandgläubiger, der mit einer Verarbeitung redlicherweise nicht rechnen musste, seine Sicherheit, während ein Eigentümer, der zunächst an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht einräumt und dann diese Sache unbefugter Weise selbst verarbeitet, lastenfrei gestellt wird, obwohl am gesamten Vorgang nur eine Sache im eigenen Eigentum beteiligt ist und somit eine Situation vorliegt, für die die Art 570 ff Cc gar nicht zugeschnitten

1625 IdS wohl *Van den Broeck,* Artikelen 16–18 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 11 (nr 18).
1626 So *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1218).

waren. Zumindest dieses strukturelle Problem ist durch den nunmehrigen Verweis auf Art 3.11 Cc beseitigt, der eine entsprechende Anordnung ausdrücklich für beschränkte dingliche Rechte trifft. Am Wertungsproblem ändert dies allerdings nichts.

Zumindest strukturell unproblematisch war die Regelung des Art 18 Abs 2 Satz 2 Pfandgesetz hingegen schon ursprünglich für die Verarbeitung einer verpfändeten Sache, die **im Eigentum einer anderen Person** als des Verarbeiters steht. Es treffen in einem solchen Fall, wie es dem »Setting« der Art 570 ff Cc (bzw nun Art 3.56 Cc) entspricht, ein Sacheigentümer (der an seiner Sache einem dritten Pfandgläubiger ein Pfandrecht eingeräumt hat) und ein von diesem verschiedener Verarbeiter aufeinander. Das Pfandrecht bleibt immer dann aufrecht, wenn der Materialeigentümer Eigentum am Produkt erlangt. Freilich kann man auch hier fragen, warum ein Pfandgläubiger, der der Verarbeitung nie zugestimmt hat, außer im Fall eines verhältnismäßig besonders wertvollen Pfandobjekts seine dingliche Sicherheit verlieren und der ohne Autorisierung handelnde Verarbeiter über eine lastenfreie Sache verfügen soll.

Die Gesetzesmaterialien zum Pfandgesetz geben hierüber keine Auskunft. Jene zum neuen Buch III Cc liefern allerdings einen möglichen Hinweis, dem hier angesichts der potentiellen Vorbildwirkung des belgischen Sachenrechts nachgegangen werden soll: Sowohl in den Erläuterungen zu Art 3.11 Cc als auch in jenen zu Art 3.56 Cc begegnet ein Hinweis, der die jeweils getroffene Anordnung mit dem sachenrechtlichen **Grundsatz der Spezialität** verknüpft: Ein dingliches Recht könne sich in Anbetracht des Spezialitätsgrundsatzes nur auf bestimmte Vermögenswerte beziehen, und zwar auch nur insoweit, als diese Vermögenswerte existieren. Für den Fall der Verarbeitung werde die Frage, ob eine Sache weiterhin existiere, durch die in Art 3.11 Cc getroffene Regelung entschieden.[1627] Allein: Das Spezialitätsprinzip stünde einer Erstreckung von Pfandrechten, die an weniger wertvollen Materialien bestehen, in keiner Weise entgegen; auch dann nicht, wenn in den Verarbeitungsvorgang auch Sachen im Eigentum Dritter iSv Art 18 Abs 3 Pfandgesetz[1628] mit einbezogen werden. Denn auch in diesen Fällen wäre das Objekt der Belastung eine bestimmte Sache, nämlich das aus den verschiedensten Materialien hergestellte Produkt, das selbstverständlich existiert. Eine »Sachidentität« in dem Sinne, dass ein Pfandrecht mit dem rechtlichen Untergang der ursprünglich belasteten Sache erlöschen müsste und nicht auf die hieraus produzierte »neue Sache« erstreckt werden könnte, erfordert das Spezialitätsprinzip nicht. Das ist gerade in einem Rechtssystem, das sich im Übrigen

1627 Siehe die Begründung zu Art 3.71 (dem späteren Art 3.56) Cc im ursprünglichen Gesetzesvorschlag für das belgische Parlament, DOC 55 0173/001, 139. Zu Art 3.11 Cc siehe den Hinweis auf das Spezialitätsprinzip aaO 32.

1628 Hierzu oben IV.D.5.e. unter 2.

recht weitgehend dem Konzept einer dinglichen Subrogation verpflichtet fühlt,[1629] evident. In Bezug auf das Fortbestehen sämtlicher (!) Pfandrechte am Verarbeitungsprodukt unabhängig vom Sachwert zeigt sich dies auch klar an der Grundregel für die befugte Verarbeitung in Art 18 Abs 2 Satz 1 Pfandgesetz.

Die Entscheidung über das Fortbestehen eines Pfandrechts am Verarbeitungsprodukt kann also ohne weiteres auf einer anderen Ebene – sinnvollerweise auf einer Interessenebene – getroffen werden. Während in Hinblick auf das Gebrauchsinteresse eines Fruchtgenussberechtigten[1630] die in Art 3.11 Cc getroffene Entscheidung nachvollziehbar erscheint, da ein Gebrauch der ursprünglichen Sache nach deren Verarbeitung zu einer neuen nicht mehr möglich ist, ist das Verwertungsinteresse eines Pfandgläubigers auf den insolvenzfesten Erhalt des Sicherungswerts beschränkt. Hierzu taugt eine aus verschiedenen Materialien neu hergestellte Sache in grundsätzlich gleichem Maße wie die verwendeten Materialteile. Anstatt eine Zweiteilung in »autorisierte« und »nicht autorisierte« Verarbeitung vorzunehmen, hätte die mE bessere Lösung darin bestanden, das Art 18 Abs 2 Satz 1 Pfandgesetz verwirklichte Prinzip des Fortbestehenlassens aller Pfandrechte zur allgemeinen Lösung auszuweiten.

f. Immobilisierung

Bemerkenswert ist schließlich Art 19 Pfandgesetz zur sog *immobilisation,* also zu Sachverhalten, in denen die pfandbelastete bewegliche Sache durch physischen Einbau in eine unbewegliche Sache oder auch durch Widmung zur Nutzung einer unbeweglichen Sache[1631] im Rechtssinn **unbeweglich wird.** Eine solche Immobilisierung berührt nach der genannten Bestimmung das Recht des gesicherten Gläubigers auf vorrangige Befriedigung aus dem Erlös der Sache nicht. Im Fall der Immobilisierung durch Widmung wird der Gläubiger auf die in natura weiterhin selbständig vorhandene Sache greifen können.[1632] Im Fall des physischen Einbaus haben die Materialien ein Recht auf vorrangige Bezahlung in Höhe des Werts der ursprünglichen Pfandsache aus dem Erlös der unbeweglichen Sache insgesamt

1629 Vgl für das Mobiliarpfandrecht oben IV.D.5.3. und generell nun Art 3.10 Cc in der ab 1.9.2021 anwendbaren Fassung; zu letzterer Bestimmung *Sagaert,* EPLJ 2021, 3 (20).

1630 Auf dieses Beispiel beziehen sich die Erläuterungen zu Art 3.11 Cc in DOC 55 0173/001, 32.

1631 Nach den Gesetzesmaterialien sind ausdrücklich beide genannten Fälle erfasst; siehe *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 43.

1632 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 44. Dort findet sich nach Darlegung des allgemeinen Grundgedankens, dass der Gläubiger sein Vorrecht über den Wert der (ursprünglich verpfändeten) Sache behalten soll, folgende Aussage: »Liegt allerdings eine Immobilisierung durch Einbau vor, ist die Ausübung des Rückgriffsrechts durch den Pfandgläubiger in Bezug auf die betroffenen Sachen schwer vorstellbar.« Dies lässt den Rückschluss zu, dass dem Gesetzgeber für den Fall der Immobilisierung durch Widmung gerade der Zugriff auf die ursprünglich verpfändete Sache vor Augen steht.

vor Augen, wenn diese im Zuge eines Konkurses oder einer Pfändung verwertet wird.[1633] Ob der Pfandgläubiger der ehemals beweglichen Sache eine solche Verwertung auch selbst herbeiführen kann, wird dort nicht angesprochen, ist konsequenterweise aber zumindest im Ergebnis zu bejahen.[1634] Vorgeschlagen wird, dass der Pfandgläubiger hierzu seinen schuldrechtlichen Anspruch im Klagsweg durchsetzen und im Anschluss nach allgemeinen Regeln in das unbewegliche Vermögen vollstrecken muss.[1635]

Klargestellt sei, dass Art 7 Abs 1 Pfandgesetz auch die ursprüngliche Pfandbegründung an einer (an sich beweglichen) Sache, die durch Widmung im rechtlichen Sinne unbeweglich geworden ist, zulässt.[1636]

6. Pfandverwertung

Im Hinblick auf die mögliche Vorbildfunktion des neuen belgischen Mobiliarpfandrechts sollen im Folgenden auch einige ausgewählte Aspekte der Pfandverwertung (Art 46–56 Pfandgesetz) etwas näher beleuchtet werden. Außer Betracht bleiben dabei die restriktiveren Regeln für den Fall, dass der Sicherungsgeber Verbraucher ist (Art 46 Pfandgesetz). Handelt es sich hingegen um einen Unternehmer, soll die Verwertung im Grundsatz **außergerichtlich** erfolgen.[1637] Ziel des Gesetzgebers war es, ein kostengünstiges und effizientes System bereitzustellen, wobei man auf die Entwicklung in anderen europäischen Staaten und besonders auch auf die Empfehlungen des UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions Bedacht genommen hat.[1638]

In einem zentralen Bereich, nämlich bei der Wahl der Verwertungsmethode, räumt der belgische Gesetzgeber der **Vertragsfreiheit** weitreichende Bedeutung

---

1633 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 44. Allfällige Konflikte mit Hypothekargläubigern sind in Art 57 Abs 4 Pfandgesetz geregelt: Die Priorität richtet sich nach dem Datum der Registrierung des Mobiliarpfands bzw jenem der Einschreibung der Hypothek bzw des Privilegs.

1634 Eine allfällige Verwertung durch Dritte wird man den Pfandgläubiger schon deshalb nicht abwarten lassen können, weil er dann unter anderem Gefahr liefe, dass der gesicherte Anspruch der Verjährung anheimfällt.

1635 *R. Jansen* in *Storme,* Roerende zekerheden 65 (nr 66). Siehe auch *Steennot* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 27 (nr 73).

1636 Dies wurde durch die Novelle vom 25.12.2016 (vgl oben IV.D.1. mit FN 1421) klargestellt. Davor war zT aus Art 19 Pfandgesetz ein Gegenschluss gezogen worden; vgl *Exposé des motifs,* DOC 54 2138/001, 7 f. Siehe auch *Nicaise* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 9 (nr 35 f).

1637 Näher zu den Verwertungsregeln etwa *Georges,* Ius & actores 2013/3, 59 (87 ff); *Broeckx,* Uitwinning van pandrechten, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 93; *Fransis,* Capita selecta panduitwinning, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 179; *Malekzadem,* De uitwinning van pandrechten na de hervorming, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 157; *Derijcke,* TBH 2013, 691 (707 ff).

1638 Vgl *Malekzadem* in *Storme,* Roerende zekerheden 157 (nr 1 ff); *Dirix,* Artikelen 47–56 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2015) 57 (nr 3); *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 56 ff.

ein und begnügt sich mit sehr grundsätzlichen Vorgaben, die durch **einige zwingende Rahmenregeln** ergänzt werden: Der genaue Verwertungsmodus obliegt grundsätzlich der Vereinbarung der Parteien, die bereits im Pfandbestellungsvertrag oder zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt getroffen werden kann (Art 47 Abs 6). Die Realisierung muss aber ganz generell nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und auf wirtschaftlich gerechtfertigte Weise erfolgen (Art 47 Abs 3).[1639] Hieraus wird auf eine Verpflichtung des Pfandgläubigers zur größtmöglichen Vermeidung wirtschaftlicher Verluste[1640] und zum möglichst umfassenden Schutz der Interessen aller anderen Beteiligten, wozu neben dem Sicherungsgeber auch weitere Gläubiger gerechnet werden,[1641] geschlossen. Der Pfandgläubiger kann diesbezüglich seine Haftung weder ausschließen noch beschränken (Art 47 Abs 4), sodass die gesamte Verwertung stets auf dessen Risiko erfolgt.[1642]

Als zwingendes Rahmengerüst sieht Art 48 Pfandgesetz zunächst eine Verpflichtung zur vorherigen **Anzeige** der Verwertung vor, die per Einschreiben zu erfolgen hat und eine grundsätzlich mindestens zehn Tage[1643] währende Wartefrist auslöst. Die Anzeige ist an den Schuldner und an einen allfälligen dritten Pfandbesteller zu richten, ferner an weitere Pfandgläubiger sowie Personen, die ein exekutives Pfandrecht an der Sache begründet haben (Art 48 Abs 1 und 2 Pfandgesetz).[1644] Hieraus folgt bereits nach den Gesetzesmaterialien, dass der Pfandgläubiger sowohl im Pfandregister als auch im zentralen Pfändungsregister[1645] nach konkurrierenden Gläubigern suchen muss.[1646] Die Anzeige muss enthalten: (1) den Betrag der gesicherten Forderung im Zeitpunkt der Anzeige; (2) eine Beschreibung des Sicherungsguts; (3) den Verwertungsmodus; sowie (4) einen Hinweis auf das Recht des Schuldners oder Drittpfandbestellers, das Sicherungsgut durch Zahlung der gesicherten Forderung zu »befreien« (Art 48 Abs 3 Pfandgesetz).

1639 Im Schrifttum wurde aufgrund der mehrfachen Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe (»Treu und Glauben«, »auf wirtschaftlich gerechtfertigte Weise«) in einer ersten Phase nach Inkrafttreten des Gesetzes mit gewisser Rechtsunsicherheit und verbreiteter Inanspruchnahme der Gerichte gerechnet; siehe *Derijcke,* TBH 2013, 691 (707 ff).

1640 *Malekzadem* in *Storme,* Roerende zekerheden 157 (nr 9).

1641 *Broeckx* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 93 (nr 11).

1642 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 57.

1643 Die Frist beträgt drei Tage für Güter, die leicht verderblich sind oder schnell an Wert verlieren (Art 49 Pfandgesetz).

1644 Für den Fall der Immobilisierung (oben IV.D.5.f.) hätte die zusätzliche Nennung der Hypothekargläubiger nahegelegen; vgl *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1220).

1645 *Fichier Central des avis de saisie/Centraal Bestand van berichten van beslag,* siehe Art 1389[bis]/1 ff Code judiciaire. Dieses Register ist jedoch nur für bestimmte Personen zugänglich, wobei der Pfandgläubiger selbst meist über keinen direkten Zugang verfügt; siehe *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1220).

1646 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 59 mit dem zusätzlichen Hinweis, dass die Nachforschungspflicht beim Besitzpfand entfällt, da der Pfandgläubiger in diesem Fall ohnehin Kenntnis von eventuellen Beschlagnahmen hat.

Innerhalb der zehntägigen Wartefrist kann der Schuldner das Gericht anrufen oder die Schuldforderung (sowie eventuelle Verwertungskosten) bezahlen.[1647]

Erfolgt dies nicht, kann der Pfandgläubiger zur eigentlichen Verwertung schreiten, deren Modus sich wie erwähnt aus einer Parteiabrede ergibt bzw stets durch Beiziehung eines Gerichtsvollziehers im Wege eines öffentlichen oder freihändigen Verkaufs oder durch Vermietung des Pfandobjekts erfolgen kann (Art 51 Pfandgesetz). Bei einem öffentlichen Verkauf darf der Pfandgläubiger die Sache generell auch selbst erstehen, beim Freihandverkauf hingegen nicht (Art 52 Pfandgesetz).[1648] Damit eine wie immer geartete Verwertung vorgenommen werden kann, muss sich der Gläubiger im Fall eines Registerpfands zunächst allerdings den **Besitz** an der verpfändeten Sache **verschaffen**. Dass hier entgegengesetzte rechtliche Interessen – Verwertungsinteresse einerseits, Eigentum an der Betriebsliegenschaft bzw Hausrecht andererseits – erheblich kollidieren können, ist evident. Der belgische Gesetzgeber hat hier zu einem Mittel gegriffen, das uns in der weiteren Darstellung noch als genereller Interessenausgleichsansatz begegnen wird: Widersetzt sich der Sicherungsgeber oder eine andere im Besitz der Sache befindliche Person der Besitzergreifung durch den Gläubiger, hat dieser das Gericht anzurufen (Art 47 Abs 2 Pfandgesetz). Dies hat zur Einschätzung geführt, dass sich die Möglichkeit einer außergerichtlichen Verwertung in erster Linie beim Besitzpfand bewähren werde, beim Registerpfand hingegen kaum praktische Vorteile zu erwarten seien.[1649] Die rechtliche Befugnis, das Sicherungsgut selbst abzuholen, wird im Schrifttum auf Fälle begrenzt, in denen dies ohne Eingriff in die Rechtsposition des Pfandgebers erfolgen kann, zB durch Aufladen eines verpfändeten Fahrzeugs auf einer öffentlichen Straße.[1650]

Ein weiterer Aspekt verdient in Hinblick auf die europäische Rechtsentwicklung vestärkte Aufmerksamkeit: Ausdrücklich gestattet wird in Anschluss an die französische Reform von 2006 die Vereinbarung, dass der Gläubiger sich die Sache bei Zahlungsverzug **aneignen** darf (Verfallsklausel, Art 53 Pfandgesetz). Eine solche Vereinbarung kann bereits im Pfandbestellungsvertrag oder später geschlossen werden. Sie muss vorsehen, dass der Wert der Güter zum Tag der Aneignung durch einen Sachverständigen, bzw für Güter, die auf einem Markt gehandelt werden, durch Bezug auf den Preis auf diesem Markt ermittelt und mit

1647 *Malekzadem* in *Storme,* Roerende zekerheden 157 (nr 15); *Broeckx* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 93 (nr 37). Einen Zahlungsaufschub kann ein Schuldner, der nicht Verbraucher ist, bei Gericht allerdings nicht erwirken; siehe *Dirix,* Artikelen 47–56 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 57 (nr 4).

1648 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 60. Das Verbot des Erwerbs im Freihandverkauf soll einer Unterbewertung des Pfandobjekts vorbeugen.

1649 IdS *Broeckx* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 93 (nr 10 und 51 f). Siehe auch das Gutachten des Staatsrats (nr 51/680/2/V), DOC 53 2463/001, 105 ff (114).

1650 Siehe *Dirix,* Artikelen 47–56 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 57 (nr 11).

der gesicherten Forderung verrechnet wird.[1651] Der für die Verrechnung maßgebliche Wert des Sicherungsguts darf im Voraus nicht bestimmt werden, wohl aber der Modus der Wertermittlung.[1652] Übersteigt der Wert der Sache die gesicherte Forderung, ist dieser Mehrbetrag dem Pfandbesteller herauszugeben, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Pfandgläubigers zu vermeiden.[1653]

Ein letztes Charakteristikum des neuen belgischen Pfandverwertungsrechts besteht darin, dass quasi als Ausgleich für grundsätzlich außergerichtliche Verwertungsbefugnis[1654] des Gläubigers ein starker **gerichtlicher Rechtsschutz** installiert worden ist, der freilich nicht nur dem Pfandbesteller offensteht: Gemäß Art 54 Pfandgesetz kann der Sicherungsgeber, der Pfandgläubiger und jeder interessierte Dritte (1) jederzeit (2) zu jedem Konfliktpunkt im Rahmen der Durchführung der Verwertung[1655] und (3) mit aufschiebender Wirkung[1656] das Gericht anrufen.[1657] Bei diesem Verfahren nach Art 54 Pfandgesetz handelt es sich um ein Provisorialverfahren. Gegen die getroffene Entscheidung steht kein Rechtsmittel zu. Der Richter im nächträglichen Überprüfungsverfahren ist an diese aber nicht gebunden (Art 54 Abs 5 und 6 Pfandgesetz). Ein solches Verfahren zur nachträglichen Kontrolle kann nach Abschluss der Verwertung jede interessierte Partei beantragen.[1658] Der Verfahrensgegenstand ist auf die Art der Verwertung und die Verteilung des Erlöses beschränkt (Art 56 Abs 1 Pfandgesetz). Als Rechtsbehelf stehen Schadenersatzansprüche zu.[1659] Die Antragsfrist zur Einleitung eines solchen Verfahrens ist mit grundsätzlich einem Monat bewusst sehr kurz bemessen.[1660]

1651 Zur Aufgabe des Verbots der Verfallsklausel *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 26 f.

1652 *Dirix,* Artikelen 47–56 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 57 (nr 14).

1653 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 60. Siehe auch *Baeck,* RW 2015–2016, 1209 (1221).

1654 *Broeckx* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 93 (nr 21). Siehe auch *Dirix,* Artikelen 47–56 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 57 (nr 15 FN 2): Jeden Zugang zum Richter zu verwehren, würde auf eine Verletzung von Art 6 EMRK hinauslaufen.

1655 Vgl den Wortlaut in Art 54 Abs 1 Pfandgesetz sowie *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 61; Gutachten des Staatsrats (nr 51/680/2/V), DOC 53 2463/001, 115. Teilweise wird vorgebracht, dass nur Streitpunkte, worüber vorläufig entschieden werden kann, Gegenstand eines Verfahrens gemäß Art 54 Pfandgesetz sein können. Ausgeschlossen seien zB Fragen der Rangordnung oder der Tilgung der gesicherten Forderung. Diese seien nur Gegenstand der richterlichen Kontrolle *a posteriori* gemäß Art 56 Pfandgesetz. Siehe *Fransis* in *Storme,* Roerende zekerheden 179 (nr 34 ff).

1656 Die aufschiebende Wirkung wurde auf Empfehlung des Staatsrats hinzugefügt; vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 61; ferner *Rozenberg,* Exécution forcée et réalisation des sûretés réelles mobilières, in *Durant* (Hrsg), Les sûretés réelles mobilières (2017) 117 (122 FN 19).

1657 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 24 ff und 60 f.

1658 Ursprünglich war diese nachprüfende Kontrolle nur für Drittpfandbesteller geplant, die Aktivlegitimation wurde letztlich auf Intervention des Staatsrats ausgeweitet; vgl Gutachten des Staatsrats (nr 51/680/2/V), DOC 53 2463/001, 117.

1659 *Malekzadem* in *Storme,* Roerende zekerheden 157 (nr 18).

1660 Ursprünglich war ein Jahr vorgesehen, was allerdings aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten zu lang erschien; siehe *Exposé des motifs,* DOC 54 2138/001, 16. Eine Dreimonatsfrist gilt für solche Dritte, denen der Abschluss der Verwertung nicht angezeigt wurde (Art 56 Abs 4 Pfandgesetz).

7. Eigentumsvorbehalt

a. *Historischer Kontext, Begründung und Drittwirksamkeit*

Der Eigentumsvorbehalt kann im belgischen Recht lediglich auf eine vergleichsweise **kurze Tradition** als wirksame Sicherheit zurückblicken. Er wurde erst 1997 in der Insolvenzrechtsgesetzgebung anerkannt (Art 101 *Loi sur les faillites/Faillisementswet).* Noch 2010 wurde höchstgerichtlich entschieden, dass die Drittwirkung des Eigentumsvorbehalts nur im Falle eines Konkurses, nicht aber in anderen Fällen der Käuferinsolvenz durchgesetzt werden könne.[1661] Mit der Eingliederung in die belgische Zivilrechtskodifikation durch das Pfandgesetz 2013 ist der Eigentumsvorbehalt nunmehr ein vollwertiges Sicherungsrecht geworden.[1662] Dies zeigt sich beispielsweise auch darin, dass erst aufgrund einer nun in Art 69 Abs 3 Pfandgesetz getroffenen ausdrücklichen Regelung das Rückforderungsrecht aufgrund eines Eigentumsvorbehalts unabhängig vom Vertragstyp ausgeübt und damit etwa auch in Werkverträgen oder gemischten Verträgen wirksam vereinbart werden kann. Zuvor hatte die Rechtsprechung zu Art 101 *Loi sur les faillites/Faillisementswet* die Wirksamkeit grundsätzlich auf Kaufverträge beschränkt.[1663] Angesichts dessen ist die jüngere Entwicklung auch insofern überaus dynamisch verlaufen, als das belgische Recht den traditionellen Entwicklungsstand anderer kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen innerhalb dieser kurzen Zeit nicht nur eingeholt, sondern in einigen grundlegenden Aspekten sogar überholt hat. Man denke an die dem bereits eingangs erwähnten funktionalen Ansatz und seiner Einordnung des Eigentumsvorbehalts als »Sicherungsrecht« geschuldete Konzeption, dass die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts keinen Rücktritt vom Vertrag voraussetzt und der Wert der zurückgenommenen Sache auf die weiterhin bestehende Kaufpreisforderung anzurechnen ist.[1664]

Für die wirksame Begründung eines Eigentumsvorbehalts verlangt das neue belgische Recht im Wesentlichen die Einhaltung einer Formvorschrift: Die Eigentumsvorbehaltsklausel muss – ähnlich wie in Frankreich – spätestens bei Lieferung der Sache schriftlich festgehalten werden (Art 69 Pfandgesetz). Eine schriftliche Zustimmung des Käufers ist allerdings grundsätzlich nicht erforderlich, es

---

1661 Cass. 7. 5. 2010, RW 2011–2012, 271. Dieses Urteil hat viel Kritik hervorgerufen; siehe etwa *Storme,* Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn, RW 2011–12, 254.

1662 *Verlaeckt,* Artikel 69, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 622 (624); *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 13).

1663 Siehe *Verlaeckt,* Artikel 69, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 622 (627); *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 17); *Apers/Gruyaert,* Eigendomsvoorbehoud en onroerende incorporatie volgens de nieuwe pandwet: welk nieuws onder de zon? TPR 2015, 83 (nr 6).

1664 Siehe Art 72 Pfandgesetz und bereits oben IV.D.2.

sei denn, der Käufer handelt als Verbraucher.[1665] Dem Schriftformgebot kommt also offenbar in erster Linie eine Beweisfunktion zu. Weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen sind nicht vorgesehen. Dies betrifft insbesondere die **Drittwirksamkeit**. Die grundsätzliche funktionale Einordnung des Eigentumsvorbehalts als »Sicherungsrecht« hätte ja nahegelegt, diesen auch in Hinblick auf Publizitätserfordernisse zumindest im Ansatz gleich zu behandeln wie das Pfandrecht und die Drittwirksamkeit (von einer Gnadenfrist abgesehen) an eine Registrierung zu knüpfen. Dies wurde im Gesetzgebungsverfahren durchaus gesehen, der Schritt allerdings bewusst nicht gesetzt.[1666] Getragen war diese Entscheidung in erster Linie von wirtschaftlichen Gründen: Nachdem in den Nachbarrechtsordnungen die Begründung eines Eigentumsvorbehalts gegenwärtig publizitätslos möglich ist, wollte man belgische Unternehmen nicht durch die isolierte Einführung einer Publizitätspflicht Wettbewerbsnachteilen aussetzen. Auch sei es für den alltäglichen Handelsverkehr ineffizient, bei jedem Geschäftsfall eine Registrierung vornehmen zu müssen.[1667] Daneben wird auch argumentiert, dass die Feststellung, von wem eine bestimmte Sache im Besitz des Schuldners angekauft wurde und ob sie eventuell noch mit einem Eigentumsvorbehalt belastet ist, einfacher sei, als zu überprüfen, ob an einer bestimmten Sache ein Pfandrecht begründet wurde. Denn beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt müsse nur eine Person (der Verkäufer) befragt werden.[1668]

Ermöglicht wird allerdings eine freiwillige Registrierung im *gage*-Register.[1669] Sie gewährt dem Vorbehaltsverkäufer gewisse praktische Vorteile. Ratsam ist die Registrierung beispielsweise beim Verkauf von Sachen, die zum Einbau in unbewegliche Güter bestimmt sind, da hierdurch das Sicherungsrecht des Verkäufers

1665 Vgl Art 69 Abs 2 Pfandgesetz. Für eine solche schriftliche Zustimmung eines Verbrauchers wird zB dessen Unterschrift auf einem Bestell- oder Lieferschein (also auch ein Akt nach Vertragsabschluss und Lieferung) für ausreichend angesehen; siehe *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 14).

1666 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 30 in bewusster Abkehr vom DCFR und Art 9 UCC.

1667 Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 18, 30; *Dirix,* Int Insolv Rev 2014, 171 (177); *Dirix/Sagaert,* EPLJ 2014, 231 (252). Grundsätzlich kritisch gegenüber einem Registrierungserfordernis beim Eigentumsvorbehalt bereits *Dirix,* Security rights in the DCFR from a Belgian perspective, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives (2012) 313 (319; siehe auch die Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren zur konkursrechtlichen Anerkennung des Eigentumsvorbehalts 1997: *Rapport du Sénat* 1996–97, no 1-498/11, 230; ferner *Dirix,* De nakende hervorming van de roerende zakelijke zekerheden, in *Blanpain* et al (Hrsg), Recht in beweging (2013) 351 (357). Gegenteilig *Nicaise* in *Durant,* Les sûretés réelles mobilières 9 (19 f), die das Registrierungserfordernis neben dem Pfandrecht für den Eigentumsvorbehalt fordert, um eine Zunahme verdeckter Sicherheiten zu verhindern.

1668 So *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 8); *Storme,* RW 2010–11, 254 (256).

1669 Siehe Art 26 Pfandgesetz in der Fassung der Novelle vom 25.12.2016. Die einzutragenden Daten ergeben sich aus Art 30 Abs 2 Pfandgesetz und müssen mit dem gemäß Art 69 Pfandgesetz zu errichtenden Schriftstück übereinstimmen (Art 29 Abs 2 Pfandgesetz).

aufrecht bleibt.[1670] Außerdem verhindert die Registrierung eines Eigentumsvorbehalts einen Rechtsverlust durch gutgläubigen Wegerwerb seitens eines Dritten, da sie der Anwendung von Art 2279 Cc – bzw ab 1.9.2021: Art 3.28 Cc – zugunsten eines professionellen Erwerbers oder Pfandgläubigers entgegensteht.[1671]

Gesondert geregelt ist konsequenterweise die Priorität: Gemäß Art 58 Abs 2 Pfandgesetz genießt das vorbehaltene Eigentum eine **Superpriorität.** Konkret geht der Vorbehaltsverkäufer allen Gläubigern mit Pfandrechten an derselben Sache vor, mit der Ausnahme von Pfandrechten, die sich auf ein Zurückbehaltungsrecht gründen.[1672] Der belgische Gesetzgeber folgt mit diesem Konzept ausweislich der Materialien den entsprechenden Konzepten in Buch IX des DCFR und in Article 9 UCC.[1673]

b. Erstreckung der Sicherheit bei Verfügungen über das Vorbehaltsgut

Ähnlich wie beim Pfandrecht trifft das belgische Recht auch für den Eigentumsvorbehalt in verschiedener Weise Vorsorge dafür, dass die Sicherheit im Falle diverser Verfügungen über die Vorbehaltsware aufrecht bleibt.

1. Wird das Sicherungsgut vom Vorbehaltskäufer **weiterverkauft,** setzt sich das Sicherungsrecht drittwirksam an der Kaufpreisforderung fort (dingliche Subrogation, Art 9 iVm 70 Pfandgesetz). Dies stellt eine bedeutende Änderung im Vergleich zum »alten« belgischen Recht vor 2018 dar, nach welchem der Eigentumsvorbehalt nur dann durchsetzbar war, wenn die Vorbehaltssache noch *in natura* im Besitz des Vorbehaltskäufers vorhanden ist. Nunmehr erstreckt sich die Sicherheit im Fall der Weiterveräußerung auf den Kaufpreis, vorausgesetzt, dass dieser im Vermögen des Schuldners noch identifizierbar vorhanden ist. Ist die Kaufpreisforderung noch nicht beglichen, kann das vorbehaltene Eigentum durch Einziehung der Kaufpreisforderung durchgesetzt werden.[1674] Der Vorbehaltsverkäufer hat jedoch kein Anrecht auf einen etwaigen Gewinn, den der Vorbehaltskäufer durch den Weiterverkauf erzielt hat.[1675]

1670 Siehe Art 71 Pfandgesetz bzw *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 18, 31; vgl auch *Derijcke,* TBH 2013, 691 (719).

1671 *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 10). Von unternehmerisch handelnden Dritten wird eine vorherige Registerrecherche erwartet; vgl oben IV.D.3.c. mit FN 1510.

1672 Näher hierzu etwa *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 46 ff).

1673 *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 27 f.

1674 Siehe *Del Corral,* Zekerheidsrechten, Stand van zaken, NJW 2014, 578 (588); *R. Jansen,* Eigendomsvoorbehoud, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 139 (nr 21); näher auch *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 20 ff).

1675 *Verlaeckt,* Artikel 70, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 627 (628).

2. Auch die Bestimmungen der Art 18 und 20 Pfandgesetz zur **Verarbeitung und Vermengung** gelten wie bereits erwähnt kraft Verweises in Art 70 Pfandgesetz für den Eigentumsvorbehalt.[1676] Insofern bedarf es keiner weiteren Ausführungen.

3. Gesondert geregelt ist der Fall der **Immobilisierung** von Vorbehaltsgut: Wird die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache durch Einbau unbeweglich, bleibt der Eigentumsvorbehalt aufrecht, sofern er in das Pfandregister eingetragen wird (Art 71 Pfandgesetz).[1677] Die Regelung überrascht angesichts der weitgehenden Parallele zum pfandrechtlichen Pendant in Art 19 Pfandgesetz als solche nicht. Sie wird hier dennoch näher beleuchtet, wenngleich vorrangig nur in Bezug auf einen bestimmten Aspekt, den man auf die Frage zuspitzen könnte, wie ernst es das belgische Recht, das ausdrücklich mit dem aus dem DCFR und aus Article 9 UCC übernommenen Konzept einer »Superpriorität« operiert,[1678] mit diesem Konzept meint. Diese Frage stellt sich bei der Bestimmung des Rangverhältnisses, wenn ein registrierter Eigentumsvorbehalt am immobilierten Vorbehaltsgut auf ein ebenfalls registriertes Grundpfandrecht trifft.

Eine eindeutige gesetzliche Regelung dieses Prioritätskonflikts ist nicht getroffen worden.[1679] Diskutiert werden zwei Lösungen: Zum einen könnte für das Verhältnis zwischen beiden Sicherungsrechten auf die *prior-tempore*-Regel abgestellt werden, wie dies Art 57 Abs 4 Pfandgesetz für den Konflikt zwischen einem Mobiliarpfandrecht und einer Hypothek vorsieht.[1680] Nach dieser Lösung käme dem registrierten Vorbehaltsverkäufer nur dann der Vorrang gegenüber dem Hypothekargläubiger zu, wenn er den Eigentumsvorbehalt früher registriert hat. Die überwiegende Auffassung im Schrifttum spricht sich hingegen für eine Lösung unter Rückgriff auf Art 58 Abs 2 Pfandgesetz aus, der dem Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt die Superpriorität gegenüber allen (Mobiliar-)Pfandrechten einräumt.[1681] Die Annahme einer auch gegenüber Grundpfandrechten wirkenden

---

1676 Hierzu bereits oben IV.D.5.d. bzw IV.D.5.e.

1677 Den Fall der Immobilisierung durch Widmung hat der Gesetzgeber nicht für regelungsbedürftig angesehen, weil die Rechte des Verkäufers hier bereits nach bisher geltendem Recht nicht bedroht sind. Vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 70.

1678 Vgl oben IV.D.6.a. aE.

1679 Art 71 Pfandgesetz besagt, dass der Eigentumsvorbehalt »aufrecht bleibt«, äußert sich allerdings nicht zum Rangverhältnis bei einem allfälligen Konflikt mit einer Hypothek.

1680 In diese Richtung *Van Den Broeck/De Leo,* Het gebruik van het pandregister onder de nieuwe pandwet, Nieuwsbrief Notariaat 2017, 1 (nr 5).

1681 Siehe *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 33); *Becue,* De wet van 11 juli 2013 met betrekking tot de hervorming van zakelijke zekerheden op roerende goederen (nieuwe pandwet), TVerz 2014, 352 (379); *Apers/Gruyaert,* TPR 2015, 83 (nr 13); *Hellebuyck,* Artikel 71 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2014) 57 (nr 1); *Verlaeckt,* Artikel 71, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 631.

Superpriorität lässt sich in der Tat auf die Gesetzesmaterialien stützen.[1682] Erfolgt allerdings die Registrierung des Eigentumsvorbehalts erst nach dem Einbau, gilt auch nach dieser Auffassung die *prior-tempore*-Regel.[1683] In Summe kann man dem belgischen Recht somit attestieren, dass es das Konzept der Superpriorität konsequent implementiert hat.

Die Verwertung eines »immobilisierten« Eigentumsvorbehalts erfolgt durch Verwertung der Immobilie nach den allgemeinen diesbezüglichen Zwangsvollstreckungsregeln. Der Hypothekargläubiger kann zur Vermeidung eigener Nachteile den Vorbehaltsverkäufer auszahlen und in dessen Rechte eintreten. Allenfalls soll er dem Verkäufer auch unter Berufung auf Rechtsmissbrauch entgegentreten können.[1684] Im Übrigen gestattet ein Großteil der Rechtsliteratur dem Vorbehaltsverkäufer, die verkaufte Sache *in natura* zurückzufordern, wenn sie ohne Beschädigung abgetrennt werden kann.[1685]

c. *Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts*

Bei der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts tritt der einleitend betonte funktionale Ansatz des belgischen Gesetzgebers, den Eigentumsvorbehalt grundsätzlich – von der Publizitätsfrage abgesehen – als echtes **Sicherungsrecht** zu behandeln,[1686] deutlich zutage. Die unmittelbarste Manifestation dieses Grundsatzes im Gesetzestext stellt das in Art 72 Pfandgesetz normierte »Bereicherungsverbot« dar: Der Verkäufer hat den Wert der zurückgenommenen Sache auf seine Forderung anzurechnen (Satz 1). Übersteigt dieser Wert den Betrag der Forderung, ist der Verkäufer verpflichtet, den Restbetrag an den Käufer auszuzahlen (Satz 2). Damit kann dem Vorbehaltsverkäufer auch im Fall einer Wertsteigerung aus der Verwertung der Sache nie mehr verbleiben, als für die Abdeckung der offenen

1682 Siehe *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 71: Die gesetzliche Regelung in Art 71 Pfandgesetz stelle den Vorrang des Vorbehaltsverkäufers vor dem Hypothekargläubiger sicher. Dass Art 71 Pfandgesetz dies eindeutig zum Ausdruck bringt, wie die Erläuterungen glauben machen, kann angesichts des Wortlauts allerdings nicht gesagt werden (vgl FN 1679). Die Materialien ziehen eine Parallele zwischen einem Vorbehaltsverkäufer und einem unbezahlten Verkäufer von Investitionsgüter, dem Art 20 Abs 5 Hypothekengesetz ein Vorrecht gegenüber früheren Hypotheken einräumt, sofern die Rechnung beim Handelsgericht hinterlegt wurde; vgl *Exposé des motifs,* DOC 53 2463/001, 70 f.

1683 *Becue,* TVerz 2014, 352 (379); *Apers/Gruyaert,* TPR 2015, 83 (nr 13); *Verlaeckt,* Artikel 71, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 631.

1684 Das Rechtsmissbrauchsargument fußt darauf, dass jeder Gläubiger bei der Verwertung auch zur Wahrung der Interessen anderer Gläubiger verpflichtet ist und ihn diesbezüglich Sorgfaltspflichten treffen (vgl oben IV.B.5. bei FN 1641). Siehe *Apers/Gruyaert,* TPR 2015, 83 (nr 13); *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 34).

1685 *Apers/Gruyaert,* TPR 2015, 83 (nr 14 f); *R. Jansen* in *Baeck/Kruithof,* Het nieuwe zekerheidsrecht 139 (nr 37); *Sagaert* in *Storme,* Roerende zekerheden 29 (nr 34).

1686 Oben IV.D.2. mit FN 1446.

Forderung notwendig ist und damit dem Sicherungszweck entspricht. Darüber hinaus enthält das Gesetz allerdings kaum konkrete Anhaltspunkte, weder zur Rückforderung noch zum Schicksal der gesicherten Forderung. Das führt teilweise zu Unsicherheiten bzw – aus Sicht des Verfassers – zu Verwerfungen.

Zur **Rückforderung** der Vorbehaltsware ergibt sich aus dem Gesetzestext lediglich, dass diese möglich ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug bleibt.[1687] Als Rechtsgrundlage für die Rückforderung der Sache wird wohl der sachenrechtliche Vindikationsanspruch als selbstverständlich unterstellt. Das Schrifttum äußert sich dahingehend, dass die Ausübung des Rückforderungsrechts an keine Formvorschriften gebunden ist und durch Parteienvereinbarung gestaltet werden kann (zB durch Vereinbarung einer Rückgabepflicht binnen 48 Stunden nach Aufforderung). Eine eigenmächtige Rücknahme sei nur erlaubt, wenn diese ohne Eingriff in die Rechtsposition des Käufers erfolgt. Verweigert der Vorbehaltskäufer die Rückgabe, muss der Vorbehaltsverkäufer um gerichtliche Hilfe ansuchen.[1688]

Im Pfandgesetz findet sich kein Hinweis, dass die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts einen **Rücktritt** vom Vertrag voraussetzen würde. Im Gegenteil, der funktional-sicherungsrechtliche Ansatz würde nahelegen, dass die gesicherte Forderung aufrecht bleibt. Darauf scheint auch der Wortlaut des Art 72 Satz 1 Pfandgesetz hinzudeuten, wonach der Verkäufer den Wert der Sache »auf seine Forderung anzurechnen« hat. Gleichwohl wird im Schrifttum relativ verbreitet davon ausgegangen, dass eine Vertragsauflösung zumindest Folge der Rückforderung sei. Denn solange der Kaufvertrag besteht, sei der Verkäufer ja eigentlich zur Lieferung der Kaufsache verpflichtet.[1689] Eine Auflösung des Kaufvertrags samt Vernichtung der eigentlich zu sichernden Forderung passt allerdings mit der Anlehnung an das Pfandrecht im Rahmen des funktionalen Ansatzes nicht recht zusammen. In diesem Zusammenhang hätte mE schon aus Gründen der Rechtssicherheit eine etwas höhere Regelungsdichte gutgetan.

Auch zur Ermittlung des auf die Forderung anzurechnenden Sachwerts finden sich keine näheren Regelungen. Wie der Vorbehaltsverkäufer nach der Rücknahme der Sache mit dieser verfährt, bleibt als Eigentümer ihm selbst überlassen. Er kann wieder über die Ware verfügen, ist aber nicht verpflichtet, sie abermals zu verkaufen.

1687 Dies wird man aus der »Definition« der Eigentumsvorbehaltsklausel in Art 69 Abs 1 Pfandgesetz schließen dürfen.

1688 *Dirix,* Artikelen 47–56 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken 57 (nr 22); *Verlaeckt,* Artikel 69, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 622 (625).

1689 Siehe *Hellebuyck,* Artikel 69 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2014) 45 (nr 11); *Verlaeckt,* Artikel 69, in *Blommaert,* Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden 622 (625); wN zur Diskussion bei *Becue,* TVerz 2014, 352 (375 mwN).

E. England

Mehr noch als bei den bisher einbezogenen Rechtsordnungen ist in Bezug auf das englische Recht die Einschränkung zu machen, dass sich die nachfolgenden Ausführungen auf einige wenige Ausschnitte beschränken. Dies ist einmal der außerordentlichen, historisch gewachsenen Komplexität des englischen Rechts im Bereich der Kreditsicherung geschuldet, zum Zweiten aber auch dem potentiellen Erkenntnisgewinn für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung. Geht es im Kern um mögliche Entwicklungsperspektiven für das österreichische Mobiliarsicherungsrecht unter Einschluss möglicher gemeinsamer europäischer Entwicklungen, erscheint ein selektiver Ansatz umso mehr opportun, als das englische Recht selbst schon seit längerer Zeit vielfach als umfassend reformbedürftig angesehen wird. Es sollen daher nach einer kurzen Einführung im Wesentlichen zwei Aspekte herausgegriffen werden: Zum einen interessiert angesichts des in Kontinentaleuropa deutlich sichtbaren Trends zur Erleichterung »globaler« (einen möglichst weiten Kreis an Vermögenswerten einbeziehender) Sicherungsrechte das Beispiel der *floating charge.* Zum anderen soll, da dies gerade aus österreichischer Sicht ein zentrales Thema ist und zudem das englische Recht diesbezüglich im Jahre 2013 einer partiellen Reform unterzogen wurde, ein Blick auf das aktuelle Registersystem für (von Gesellschaften bestellte) Sicherheiten geworfen werden. Das Kapitel schließt mit einem kurzen Hinweis auf die bereits angesprochenen Reformdiskussionen.

1. Grundlagen

a. Typologie der Sicherungsrechte, quasi-securities

Das englische Recht geht von einer **geschlossenen Zahl echter Sicherungsrechte** an beweglichen Sachen aus. Darunter fallen als vertraglich begründete Sicherungsinstrumente lediglich *mortgage, charge* und *pledge* sowie als grundsätzlich gesetzliche, jedoch vertraglich erweiterbare und letztlich auch vertraglich begründbare Sicherungsform das *lien.*[1690] Dabei unterscheiden sich die beiden praktisch wichtigsten

1690 Vgl etwa *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] (2017) 31 ff (Rn 1–46 ff); *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* The Law of Security and Title-Based Financing[3] (2018) 10 ff (Rn 1.17 ff), 92 (Rn 4.04); Law Commission Consultation Paper no 164 – Registration of Security Interests: Company Charges and Property other than Land (2002) 21 ff (Rn 2.6 ff); *Bridge,* The English Law of Real Security, in *Vacca* (Hrsg), La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica (2003) 169 (171 ff); siehe ferner *McCormack,* Secured Credit under English and American Law (2004) 39 ff. In diesen Werken auch näher zu den einzelnen Sicherungsformen; in den folgenden Fußnoten wird freilich auf Mehrfachnachweise verzichtet. – Eingehendere Einführungen zur nachfolgend kurz dargestellten Typologie in deutscher Sprache bieten etwa *Kieninger* in *Lwowski/Fischer/Gehrlein,* Recht der Kreditsicherung[10] 1009 ff (Rn 63 ff); *Lenhard,* Die Vorschläge zur Reform des englischen Mobiliarkreditsicherungsrechts (2010) 20 ff; *Hofmann,*

Formen *mortgage* und *charge* vor allem in konstruktiver Hinsicht: Bei der ***mortgage*** erfolgt die Sicherung durch Rechtsübertragung, typischerweise durch Übertragung des Vollrechts. Das Eigentum – oder ein bereits bestehendes beschränktes Recht – an einer beweglichen (oder unbeweglichen), körperlichen oder unkörperlichen Sache wird dem gesicherten Gläubiger übertragen und fällt bei Tilgung der gesicherten Forderung wieder an den Sicherungsgeber zurück. Besitzübertragung an den Gläubiger ist grundsätzlich nicht erforderlich. Eine *mortgage* kann ein *legal* oder *equitable interest* sein.[1691] Eine ***charge*** hingegen begründet eine dingliche Belastung der Sache entsprechend einem Pfandrecht, ein Recht zur Befriedigung aus dem Wert der Sache. *Charges* sind stets *equitable interests.* Auch eine *charge* kann an allen Arten von Vermögenswerten begründet werden; Besitzübertragung ist auch hier nicht erforderlich.[1692] Ebenfalls ein bloß beschränktes dingliches Recht *(»special property«)* begründet das mit dem Faustpfand vergleichbare Institut des ***pledge.*** Hier ist Besitzverschaffung am Sicherungsgegenstand Voraussetzung, weshalb der Kreis der Sicherungsgüter auf (in der Praxis nur bewegliche) körperliche Sachen beschränkt ist. Die praktische Bedeutung dieser Sicherungsform ist angesichts des Besitzaufgabeerfordernisses eher gering; sie spielt allerdings beispielsweise bei der Besicherung mittels Konnossements *(bill of lading)* und anderer *documents of title* durchaus eine Rolle.[1693] Ebenfalls zu den Sicherungsrechten im technischen Sinne zählt das ***lien.*** Auch dieses ist besitzabhängig, unterscheidet sich vom *pledge* allerdings insofern, als die Besitzübertragung zunächst nicht zu Sicherungszwecken, sondern zu einem anderen Zweck, beispielsweise zur Reparatur der Sache, erfolgt. Das *lien* sichert dann als eine Art Zurückbehaltungsrecht einen sachbezogenen Anspruch, etwa jenen auf den Reparaturaufwand. Ein Verwertungsrecht besteht grundsätzlich nicht, kann aber vertraglich vereinbart werden. Überhaupt bestehen weitreichende vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere auch die Möglichkeit der Begründung eines *lien* durch Vertrag *(contractual lien).*[1694]

Mortgage und Charge – Gestaltungsmöglichkeiten im englischen Kreditsicherungsrecht (2002) 41 ff; *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten 183 ff.

1691 Vgl stellvertretend *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 36 (Rn 1–54) und 7 ff (Rn 1–12 f); in deutscher Sprache jüngst auch ausführlich *Aschenbrenner,* Sicherungsübereignung 29 ff, 103 ff. Der wohl wesentliche Unterschied zwischen *legal* und *equitable mortgage* besteht darin, dass sich im ersten Fall das Sicherungsrecht gegen später begründete *interests* an der Sache durchsetzt, wohingegen einem *equitable interest* ein nachfolgender Erwerber des *legal title,* sofern er gutgläubig und *for value* erwirbt, vorgeht. Zur historischen Entwicklung der *equity* neben dem *common law* zB *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung[3] 184 ff.

1692 Vgl wieder *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 36 ff (Rn 1–55 f).

1693 Vgl abermals *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 32 ff (Rn 1–47 ff); ausführlich etwa auch *Palmer/Hudson,* Pledge, in *Palmer/McKendrick* (Hrsg), Interests in Goods[2] (1998) 621.

1694 Näher etwa *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 142 ff (Rn 5.63 ff).

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich im Umkehrschluss eine – im englischen Recht auch als solche verstandene – Eigenheit: Sonstige Konstruktionen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Sicherungsfunktion erfüllen, gelten im Rechtssinn nicht als *security rights.* Man spricht gemeinhin von ***quasi-security.*** All diese Formen sind durch die Kautelarpraxis geschaffen worden, der die englischen Gerichte traditionell großen Freiraum gewähren. Unter diese *quasi-securities* fallen in Bezug auf körperliche Sachen beispielsweise Formen wie *hire-purchase, finance lease* bzw *sale-and-lease-back,* verschiedene Formen von *conditional sales* und *retention of title*-Vereinbarungen. Zur Besicherung durch Wertpapiere bzw Finanzinstrumente sind beispielsweise *sale and repurchase agreements (»repos«)* zu nennen, bei denen der Kreditinteressent solche Titel an den Kreditgeber verkauft und den Kaufpreis (funktional als Kreditsumme) ausbezahlt erhält, unter der Vereinbarung, nach Ablauf einer vereinbarten (oft kurzen) Zeit eine entsprechende Anzahl solcher Titel um denselben Preis, erhöht durch einen Aufschlag (die Zinsen) zurückzukaufen. Zudem rechnen hierher verschiedene Formen der Forderungsfinanzierung *(receivables financing),* sofern ihnen eine Sicherungsfunktion immanent ist, wie dies beim Factoring oder bei der Diskontierung von Forderungen geläufig ist.[1695] Dass diese Formen nicht als *security rights* gelten, hat einige bedeutende praktische Konsequenzen: Insbesondere lässt sich auf diese Weise den ansonsten weitgehend bestehenden Registrierungspflichten ausweichen, was bei den frühen Formen von Mietkäufen und bedingten Kaufverträgen auch erklärtes Ziel war[1696] und bei der Besicherung mittels Finanzwerten aufgrund des Zeit- und Kostenfaktors essentiell ist. Zweitens kann der Sicherungsnehmer im Verwertungsfall aufgrund seines Vollrechts einen allfälligen Mehrerlös *(surplus)* behalten, wohingegen dieser bei Vorliegen eines Sicherungsrechts im technischen Sinne an den Schuldner auszukehren wäre. Daneben können sich – gegenüber *charges* – Vorteile in Bezug auf die Priorität der Sicherheit ergeben.[1697]

1695 Guter Überblick etwa im Law Commission Consultation Paper no 164, 164 ff (Rn 6.1 ff); eingehend *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 261 ff (Rn 7.01 ff); *McCormack,* Secured Credit 51 ff. Aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Lenhard,* Vorschläge zur Reform 30 ff.

1696 Insbesondere gegenüber der Registrierungspflicht für *mortgages* und *charges* bei Bestellung durch Schuldner, die keine Gesellschaften sind, nach dem Bills of Sale Act 1878 und dem Bills of Sale (1878) Amendment Act 1882.

1697 Vgl Law Commission Consultation Paper no 164, 164 f (Rn 6.3 ff). Während die Law Commission (aaO 182 ff, Rn 7.1 ff) für eine weitgehende Abschaffung dieser Verschiedenbehandlung durch Einführung eines *functional approach* eintritt, wird der bestehende Rechtszustand in Wirtschafts- und insbesondere in Bankenkreisen mitunter ausdrücklich propagiert; sehr prononciert im vorliegenden Zusammenhang etwa von *Dalhuisen,* Conditional Sales and Modern Financial Products, in *Hartkamp* et al (Hrsg), Towards a European Civil Code[2] (1998) 525 (535 ff) (in späteren Auflagen dieses Bandes ist der Beitrag nicht mehr enthalten); ausführlich auch *Dalhuisen,* Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law II: Contract and Movable Property Law[5] (2013) 446 ff (jeweils mit rechtsvergleichenden Bezügen).

Zum Eigentumsvorbehalt sei, nachdem diese Frage auch bei den anderen behandelten Rechtsordnungen verfolgt wurde, kurz auch für das englische Recht auf mögliche »**Erweiterungsformen**« eingegangen. Dabei erweist sich die Erweiterung der Haftung auf andere als die konkrete Kaufpreisforderung als unproblematisch: Nach sections 17(1) und 19(1) Sale of Goods Act 1979 kann der Übergang des Eigentums an jede Bedingung geknüpft werden, also auch die Bedingung der Tilgung sämtlicher Forderungen des Verkäufers aus der Geschäftsbeziehung *(all monies clause).*[1698] Unsicher und umstritten ist hingegen, ob der Verkäufer sich im Fall der Verarbeitung des Vorbehaltsguts vertraglich dingliche Rechte am Produkt, insbesondere das vollständige Eigentum, sichern kann, bis der Kaufpreis bezahlt ist. Nachdem grundsätzlich der Verarbeiter Eigentum am Produkt erwirbt, spricht vieles dafür, dass hier von einem *granting* eines neugeschaffenen Sicherungsrechts (und nicht vom Zurückhalten eines schon ursprünglich dem Verkäufer zustehenden *interest)* auszugehen und dieses somit als *charge* zu qualifizieren ist, sodass die Verkäufersicherung (beim Verkauf an eine Kapitalgesellschaft) im Regelfall am Registrierungserfordernis scheitert.[1699] Auch Klauseln, die dem Vorbehaltsverkäufer Rechte an den Forderungen aus einem Weiterverkauf bzw am Weiterverkaufserlös *(proceeds)* sichern sollen, begründen lediglich eine *charge* mit der erwähnten Konsequenz der Registrierungspflicht.[1700] Praktisch scheiden diese Sicherungsformen daher im Wesentlichen aus.

b. *Sonstiges*

1. Zur Analyse des Wirksamwerdens eines Sicherungsrechts (ieS) nach englischem Recht bedient man sich in jüngerer Zeit in Anschluss an Article 9 UCC häufig einer Zweiteilung in *attachment* und *perfection.* Um gesetzliche Voraussetzungen in einem technischen Sinne handelt es sich hierbei nicht.[1701] ***Attachment***

1698 Siehe *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 264, 266 ff (Rn 7.07, 7.10 f) mwN. Hierzu und zum Folgenden auch *Bridge* in *Vacca,* La garanzia 169 (174 ff); *McCormack,* Secured Credit 175 ff; *McCormack,* Title Retention and the Company Registration System, in *Palmer/McKendrick* (Hrsg), Interests in Goods[2] (1998) 727 (738 ff); *Kieninger* in *Lwowski/Fischer/Gehrlein,* Kreditsicherung[10] 968 (1016 ff, Rn 72 ff).

1699 IdS *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 268 ff (Rn 7.12 ff) mwN. Wertverfolgung durch *tracing* in das Produkt scheidet ebenfalls aus (aaO 242, Rn 7–14).

1700 Ausführlich wieder *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 271 ff (Rn 7.18 ff). Dort auch näher zu dem in *Aluminium Industrie Vaassen BV v Romalpa Aluminium Ltd* [1976] 1 WLR 676 vom Court of Appeal aufgrund eines angenommenen fiduziarischen Verhältnisses zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer für möglich erachteten Recht der Wertverfolgung in den Erlös durch *tracing.* Die nachfolgende Rechtsprechung hat diesen denkbaren Ausweg durch *distinguishing* praktisch verschlossen. Näher hierzu auch *Kieninger,* Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt (1996) 83 ff.

1701 Das gilt insbesondere für das Konzept der *perfection.* Vgl namentlich *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 423 f, 429 ff (Rn 9.01 ff, 9.15 ff) mit Hinweis auf Unterschiede zum US-

(creation) meint das Entstehen des Sicherungsrechts als dingliches Recht an einer bestimmten Sache, vor allem aber nicht unbedingt ausschließlich im Verhältnis *inter partes.* Wesentliche Voraussetzungen sind der wirksame (grundsätzlich formlose) Abschluss eines Sicherungsvertrags, die Identifizierbarkeit des Sicherungsguts und die Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers.[1702] Unter welchen Voraussetzungen welche Dritten alleine durch *attachment* gebunden sind, wird meist nicht abschließend diskutiert. Genannt werden diesbezüglich insbesondere ungesicherte Drittgläubiger außerhalb der Insolvenz[1703] und nachfolgende Erwerber der Sache vom Sicherungsgeber, die wegen dessen nunmehr fehlender Verfügungsbefugnis grundsätzlich nicht mehr lastenfrei erwerben können, wovon manche bei Gutgläubigkeit des Dritterwerbers eine Ausnahme machen.[1704] Unter ***perfection*** wird sodann ein weiterer Schritt oder Akt verstanden, der die Wirksamkeit des Sicherungsrechts gegenüber anderen gesicherten Gläubigern, einem Konkursverwalter, Liquidator oder Verwalter im Sanierungsverfahren *(administrator)* betreffend die sicherungsgebende Gesellschaft sicherstellt.[1705] Auf dieser Ebene begegnet eine – weitere – wesentliche Scheidelinie des englischen Mobiliarsicherungsrechts. Welcher Akt zur Bewirkung der *perfection* zu setzen ist, hängt weitestgehend davon ab, ob es sich beim Sicherungsgeber um eine Kapitalgesellschaft (bzw *limited partnership)* oder um eine andere Person, insbesondere um eine natürliche Person handelt. Für Kapitalgesellschaften ordnet der Companies Act 2006 (wie auch seine Vorgänger) die Registrierung von *charges* und *mortgages* im öffentlich zugänglichen Gesellschaftsregister an.[1706] Bestimmte *charges* und *mortgages* anderer – nichtinkorporierter – Sicherungsgeber, bzw genauer gesagt die darüber errichteten Urkunden, fallen in den Anwendungsbereich der seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert in Kraft befindlichen Bills of Sale Acts.[1707] Diese

---

Recht; siehe auch *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 78 ff (Rn 2–16); *Kieninger* in *Lwowski/Fischer/Gehrlein,* Kreditsicherung[10] 968 (1005 ff, Rn 57 ff).

1702 Nach einer eingehenden Analyse von *Goode* bestehen insgesamt sechs *attachment*-Voraussetzungen: (1) Vorliegen eines Sicherungsvertrags, der allfälligen gesetzlichen Vorschriften entspricht; (2) Identifizierbarkeit des Sicherungsguts; (3) der Schuldner (bzw dritte Sicherungsgeber) muss ein *proprietary interest* an der Sache haben oder zur Besicherung verfügungsbefugt sein; (4) Existenz einer gegenwärtigen Verbindlichkeit des Schuldners oder eines Dritten, auf die sich das Sicherungsrecht beziehen soll; (5) allfällige vertraglich festgelegte Voraussetzungen für das *attachment* müssen erfüllt sein; und (6) im Fall eines *pledge* muss dem Gläubiger *actual or constructive possession* verschafft werden (in diesem Fall erübrigt es sich, von einer gesonderten *perfection* zu sprechen). Siehe *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 66 ff (Rn 2–03 ff).

1703 So bei *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 66 (Rn 2–02).

1704 Vgl *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 197 mit FN 358 iVm 574 f (Rn 6.70, 15.14).

1705 Vgl wieder *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 423 f (Rn 9.01 ff); Überblick bei *Lenhard,* Vorschläge zur Reform 50 ff, 57 f.

1706 Hierzu näher unten IV.E.3.

1707 Vgl oben FN 1696.

sehen vor allem Formerfordernisse und ebenfalls eine Registrierungspflicht vor. Ihre Regelungen gelten als antiquiert, komplex und unflexibel und machen die Besicherung angesichts einschneidender Rechtsfolgen höhergradig riskant.[1708] Sie bleiben im Folgenden außer Betracht. Angemerkt sei, dass gegenwärtig parlamentarische Beratungen über die Abschaffung der Bills of Sale Acts von 1878 und 1882 sowie weiterer hierauf bezogener Rechtsakte geführt werden. Angedacht ist, Einzelpersonen *(individuals)* die Begründung von neu zu schaffenden *goods mortgages* an fast allen beweglichen körperlichen Sachen zu eröffnen und hierzu ein eigenes Register zu schaffen.[1709]

2. Eine nähere Darstellung der **Prioritätsregeln** kann – und muss angesichts ihrer Komplexität – im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben.[1710] Zwei Ausschnitte, die zugleich auch zentrale Aspekte der aktuellen Reformdiskussionen zum englischen Mobiliarsicherungsrecht berühren, seien andeutungsweise erwähnt:[1711] Ausgangspunkt für die Prioritätsermittlung ist die allgemeine Regel *nemo dat quod non habet,* woraus sich ein grundsätzlicher Vorrang des zeitlich früher bestellten Sicherungsrechts gegenüber zeitlich späteren – also der auch in anderen Rechtsordnungen gängige *prior-tempore*-Grundsatz – ergibt. Bezugspunkt ist dabei der Moment der Entstehung des Sicherungsrechts *(attachment, creation),* nur in Ausnahmefällen[1712] der Zeitpunkt einer erforderlichen Registrierung. Ausnahmen

1708 Siehe die Darstellung bei *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 463 ff (Rn 11.04 ff); *Aschenbrenner,* Sicherungsübereignung 187 ff, 192 ff. Bemerkenswert ist, dass nach Jahrzehnten eines absoluten praktischen Schattendaseins Registrierungen nach den Bills of Sale Acts ab ca 2005 signifikant zugenommen haben, hauptsächlich zur Besicherung von Krediten durch gebrauchte Kraftfahrzeuge; siehe *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka* aaO 436 (Rn 23.64). Dies war Anlass für die nunmehrige legislative Initiative (siehe sogleich im Text).

1709 Gegenwärtig liegt dem House of Lords ein vom 5. 2. 2020 datierender Entwurf einer Goods Mortgages Bill vor. Als Sicherungsgut ausgenommen sind im Wesentlichen Flugzeuge, Schiffe und Bargeld (section 4(4)); die genauere Ausgestaltung des Registers soll durch Verordnung *(regulations)* erfolgen (section 9 Draft Goods Mortgages Bill). Kurzübersicht auf Grundlage eines etwas älteren Entwurfs der Law Commission – *Law Commission,* From Bills of Sale to Goods Mortgages (Law Com No 376, 2017) – bei *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 837 ff (Rn 23.66).

1710 Umfassend hierzu *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 487 ff (Kapitel 12 bis 17); vgl auch *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 179 ff (Rn 5–03 ff). Einen guten Überblick bietet *Lenhard,* Vorschläge zur Reform 82 ff; einführend etwa auch *Bridge* in *Vacca,* La garanzia 169 (190 ff). Gesetzliche Regelungen existieren nur punktuell, sodass sich die Prioritätsregeln im Wesentlichen aus dem Fallrecht ergeben (was die Bildung eines Gesamtsystems insoweit erschwert, als regelmäßig nur über zwei jeweils konkurrierende Rechtspositionen zu entscheiden ist).

1711 Zu Prioritätsfragen vgl ferner unten IV.E.2.a. unter 4. (systemimmanente Prioritätsschwäche der *floating charge)* und IV.E.3.b. (nochmals zur grundsätzlich fehlenden Prioritätsrelevanz der Registrierung nach dem Companies Act).

1712 Nämlich bei mehrfacher Belastung derselben beweglichen körperlichen Sache nach section 10(3) Bills of Sale Act 1878 (anwendbar wie erwähnt nur bei Sicherheitenbestellung durch Nicht-Gesellschaften) sowie unter speziellen Registersystemen für Schiffe und Luftfahrzeuge

vom *nemo dat*-Grundsatz sind kraft guten Glaubens möglich, wobei allerdings unterschiedliche Regeln gelten: Insbesondere geht der spätere gutgläubige und entgeltliche Erwerber eines *legal title* (zB einer *legal mortgage* oder des Eigentumsrechts beim Kauf) einem früheren *equitable title* (zB einer *charge)* vor.[1713] Ist die zeitlich frühere Rechtsposition hingegen eine *legal mortgage,* verschafft die *nemo dat*-Regel gegenüber einem (auch gutgläubigen) Käufer ausgesprochen starken Schutz; die Sache bleibt – zumindest nach einigen – mangels Anwendbarkeit einer Gutglaubenserwerbsregel mit der *mortgage* belastet. Erfolgt die Finanzierung hingegen nicht mittels *legal mortgage,* sondern durch Eigentumsvorbehalt, kann ein gutgläubiger Käufer lastenfrei erwerben.[1714] Konstruktiv bedingte Unterschiede solcher Art nähren verständlicherweise die aktuelle Kritik am geltenden englischen Recht und lassen die oft geäußerte Präferenz für einen »funktionalen«, alle Arten von Sicherungsrechten und Quasi-Sicherungsrechten grundsätzlich gleich behandelnden Ansatz[1715] leicht nachvollziehbar erscheinen.

Der zweite hier kurz anzusprechende Ausschnitt aus dem Prioritätskomplex betrifft die Relevanz von Registrierungen. Wie angedeutet ist der praktisch bedeutsamste Fall der Registrierung, nämlich jene nach dem Companies Act 2006 betreffend *charges* und *mortgages,* die von Kapitalgesellschaften bestellt werden, selbst kein Prioritätskriterium. Die Rangfolge bestimmt sich entsprechend dem oben Gesagten im Grundsatz nach dem Zeitpunkt des *attachment.* In zweifacher Weise kann der Registrierungsaspekt allerdings mittelbar prioritätswirksam werden: Zum einen wird ein registrierungspflichtiges aber nicht rechtzeitig registriertes Sicherungsrecht – grundsätzlich hat die Registrierung binnen 21 Tagen nach der *creation* zu erfolgen – gegenüber bestimmten Dritten unwirksam;[1716] diesen kommt damit automatisch der Vorrang zu. Zum anderen kann sich eine erfolgte Registrierung auf die nach dem oben Gesagten oft entscheidende Frage der Gutgläubigkeit eines nachfolgenden konkurrierenden Dritten auswirken. Klar ist, dass positive Kenntnis *(actual knowledge)* des Späteren dessen Schlechtgläubigkeit begründet. Ebenso klar ist im Grundsatz, dass auch ohne positive Kenntnis der Registrierung eines früheren Rechts Schlechtgläubigkeit aufgrund *constructive notice* gegeben sein kann. Alles andere als klar ist hingegen, für welche Dritten dies gelten soll und hinsichtlich welcher Inhalte eine solche *constructive*

---

sowie Immaterialgüterrechte. Vgl insoweit etwa *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 524 ff (Rn 14.31 ff); *Lenhard,* Vorschläge zur Reform 88 f.

1713 Vgl etwa *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 510 ff (Rn 14.01 ff); eine abweichende Regel gilt für konkurrierende Forderungsabtretungen (und zumindest nach manchen für *charges* über Forderungen), siehe aaO 513 ff (Rn 14.09 ff).

1714 Siehe *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 508 f (Rn 13.27) mit Kritik in rechtspolitischer Hinsicht.

1715 Nachweise unten IV.E.4.

1716 Näher unten IV.E.3.b.

notice angenommen werden kann.[1717] Auch hier wird erheblicher Klärungs- bzw Reformbedarf gesehen.

3. Ein letzter allgemeiner Aspekt sei, obgleich bereits mehrfach angeklungen, nochmals eigens herausgestrichen: Die Gestaltungsfreiheit der Parteien – und das heißt jedenfalls heute praktisch vor allem: die Gestaltungsfreiheit des Gläubigers – findet nur wenige Grenzen, auch wenn dies im Ergebnis zulasten an der Vereinbarung nicht beteiligter Dritter geht.[1718]

2. Zur floating charge

a. Entwicklung und Grundlagen, Spezialität

1. Man wird die *floating charge* nach wie vor als Flaggschiff der eben angesprochenen Vertragsfreiheit im englischen Kreditsicherungsrecht bezeichnen dürfen, auch wenn sie an praktischem Wert mittlerweile erheblich eingebüßt hat. Die Kautelarpraxis hat, unterstützt durch die Rechtsprechung, mit ihrer Entwicklung auf die wirtschaftlichen Voraussetzungen der Industrialisierung und neue rechtliche Rahmenbedingungen reagiert:[1719] Mit dem Limited Liability Act 1855 und weitergehend mit Companies Act 1862 wurde erstmals die Gründung von Gesellschaften unter Begrenzung der Haftung auf die zu leistenden Einlagen ermöglicht. Bei Inanspruchnahme von Fremdfinanzierung, aufgebracht im Übrigen häufig durch private Investoren, mussten dem Kreditgeber ausreichend Sicherheiten geboten werden, um den Entfall der bisher unbeschränkten Haftung der Gesellschafter zu kompensieren bzw zusätzlichen Kapitalbedarf zu decken. Aber auch vormaligen Einzelunternehmern oder unbeschränkt haftenden Gesellschaftern, die ihr Unternehmen in eine *limited* einbrachten, lag daran, ihr neben den Einlagen zusätzlich in Kreditform zur Verfügung gestelltes Kapital vor dem Zugriff sonstiger Gläu-

1717 Hierzu noch näher unten IV.E.3.d.

1718 Vgl stellvertretend für viele *Bridge,* The English law of security: creditor-friendly but unreformed, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 81 (85 f).

1719 Zum Folgenden siehe etwa die historischen Grundlagen bei *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 11 ff mwN. Prägend für die heute hA *Pennington,* The Genesis of the Floating Charge, (1960) 23 MLR 630; abweichend in einigen (hier nicht relevanten) Punkten *Gregory/Walton,* Fixed and floating charges – a revelation, [2001] LMCLQ 123. Die zuletzt genannten Autoren weisen vor allem darauf hin, dass im englischen Recht vor Entwicklung der *floating charge* schon über Jahrhunderte die Möglichkeit einer *mortgage* über gegenwärtiges und zukünftiges (auch revolvierendes) Vermögen mit Einräumung einer Verfügungsbefugnis bestanden hat. Diese Besicherungsform sei allerdings nach Rückschlägen durch die Judikatur – *Graham v Chapman,* (1852) 12 CB 85: derartige Sicherheit sei Konkurseröffnungsgrund – und die Formerfordernisse des Bills of Sale Act (1878) Amendment Acts 1882 (die weitgehend keine Belastung künftigen Vermögens zuließen) aus dem Wirtschaftsleben praktisch verschwunden. Im Folgenden steht daher allein die *floating charge* im Zentrum.

biger zu sichern.[1720] Inspiriert wurde die Vertragspraxis durch eine – freilich auf bestimmte per Gesetz gegründete Gesellschaften beschränkte – gesetzliche Regelung, die diesen Gesellschaften zur Besicherung ihrer Verbindlichkeiten die Möglichkeit *»to mortgage the undertaking«* (das Unternehmen) eröffnete.[1721] Allerdings war es die Rechtsprechung, die derartigen Klauseln zu festen Konturen verholfen hat: Im 1870 von der Chancery Division des Court of Appeal entschiedenen Fall *Panama, New Zealand, and Australian Royal Mail Company,* der gemeinhin als der erste gilt, in dem eine *floating charge* Anerkennung fand, verpfändete die schuldnerische Gesellschaft *»the said undertaking, and all sums of money arising therefrom, and all the estate, right, title, and interest of the company therein«.* Zum entscheidenden Begriff ***»undertaking«*** führt *Giffard* LJ aus, die Klausel beziehe sich auf sämtliches Eigentum der Gesellschaft, sowohl auf das im Zeitpunkt der Pfandbestellung vorhandene als auch auf das zukünftig zu erwerbende. Ferner impliziere das Wort *»undertaking«,* dass das Unternehmen der Gesellschaft fortgesetzt werden soll und bei Verfügungen über Gesellschaftsvermögen im ordentlichen Geschäftsbetrieb dem Gläubiger keine Genehmigungsbefugnisse zukommen. Im Fall der Liquidation der Gesellschaft hingegen gelte, dass *»the rights of these parties* [der gesicherten Gläubiger] *… attach«.*[1722]

Damit waren die wesentlichen Charakteristika einer – freilich erst etwas später so bezeichneten – *floating charge* festgelegt; die Vertragspraxis verwendet hierfür im Fall der Belastung des gesamten Unternehmensvermögens in der Folge typischerweise die Formulierung *»property or undertaking«.*[1723] Das Konzept dient Interessen des Kreditnehmers und des Kreditgebers zugleich: Dem Kreditnehmer stehen seine gesamten Betriebsmittel, alle Material- und Warenbestände sowie

1720 So etwa die Konstellation in *Aron Salomon v A Salomon & Co,* [1897] AC 22 (HL). Generell scheint die Fremdfinanzierung von Gesellschaften erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts zunehmend zentrale Bedeutung gewonnen zu haben; vgl *de Lacy,* The evolution and regulation of security interests over personal property in English law, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 3 (27).

1721 Section 38 Companies Clauses Consolidation Act 1845; vgl die historische Übersicht von Lord *Millet* in der Entscheidung des Privy Council *Agnew v Commissioner of Inland Revenue (= Re Brumark Investment Ltd),* [2001] AC 710, Rn 5; näher *Gregory/Walton,* [2001] LMCLQ 123 (136 ff); *Pennington,* (1960) 23 MLR 630 (638 ff); *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 15 f mwN.

1722 In re *Panama, New Zealand, and Australian Royal Mail Company,* [1870] LR 5 Ch App 318 *(Giffard* LJ). Frühere Judikatur, die vergleichbaren Klauseln noch abweichende Inhalte zugeschrieben hatte, ist nachgewiesen bei *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 16 FN 35. Als wesentliche Voraussetzung für die Anerkennung der *floating charge* gilt die bereits einige Jahre zuvor in der Rechtsprechung vollzogene Anerkennung einer *charge* über erst künftig zu erlangende Vermögenswerte. Das House of Lords spricht dies erstmals aus in *Holroyd v Marshall,* (1862) 10 HL Cas 191 = [1861–1873] All ER Rep 414; das Prinzip scheint in der Judikatur allerdings schon davor anerkannt gewesen zu sein, vgl *Gregory/Walton,* [2001] LMCLQ 123 (136).

1723 So auch die Formulierung, die in section 859D(2)(b) Companies Act 2006 (idF 2013) Eingang gefunden hat.

die erwirtschafteten Forderungen und deren Erlöse im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebs uneingeschränkt zur Verfügung. Werden im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs Verfügungen getroffen, beispielsweise Waren (lastenfrei) veräußert oder Forderungen übertragen bzw eingezogen, ist hierfür nicht jeweils die vorherige Zustimmung des Sicherungsnehmers einzuholen (wie dies jedenfalls vom Grundgedanken her bei einer *mortgage* oder *fixed charge* der Fall wäre). Der Kreditnehmer kann also grundsätzlich ungestört wirtschaften und so die Rückführung des gesicherten Kredits bestmöglich sicherstellen. Selbstredend liegt dies auch im Interesse des Gläubigers. Dass durch laufende Verfügungen im ordentlichen Geschäftsbetrieb permanent Aktivposten aus dem Gesellschaftsvermögen ausscheiden, schadet solange nicht, als eben dieser Geschäftsbetrieb fortgesetzt wird und damit jeweils eine Forderung oder ein Erlös an die Stelle der vormalig vorhandenen Sache oder erbrachten Dienstleistung tritt, für vorhandene Geldwerte neue Güter angeschafft werden etc.[1724] Eben dies wird durch die *floating charge* sichergestellt: Neu in das Gesellschaftsvermögen eintretende Güter fallen automatisch unter die *floating charge,* ohne dass ein neuerlicher Verpfändungsakt erforderlich wäre. Die – in manchen Vertragstexten explizit eingeräumte, im Übrigen aus der Notwendigkeit der Betriebsfortführung abgeleitete – Berechtigung zur lastenfreien Verfügung im ordentlichen Geschäftsbetrieb sowie das Ruhen von Zugriffsrechten des Gläubigers auf die erfassten Vermögenswerte bestehen bis zum Eintritt des Sicherungsfalls (zB Liquidation, Einstellung der operativen Tätigkeit oder Eintritt bestimmter vertraglich festgelegter Voraussetzungen, etwa ein näher qualifizierter Zahlungsverzug oder das Überschreiten einer bestimmten Kreditlinie[1725]). In diesem Zeitpunkt kommt es zum von *Giffard* LJ sog *attachment:*[1726] Die

---

1724 Vgl etwa das Urteil des House of Lords in re *Spectrum Plus Ltd,* [2005] UKHL 41 = [2005] 2 AC 680 (Rn 139 per Lord *Walker):* »So long as the company trades in the ordinary way ... the constituents of the charged fund are in a state of flux (or circulation). Trading stock is sold and becomes represented by book debts; these are collected and paid into the bank; the trader's overdraft facility enables it to draw cheques in favour of its suppliers to pay for new stock; and so the trading cycle continues.« – Etwas näher zum Konzept des ordentlichen Geschäftsbetriebs unten Abschnitt 4. bei FN 1742 f.

1725 Ausführliche Diskussion typischer Kristallisationsvoraussetzungen bei *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 154 ff (Rn 4–30 ff); siehe auch *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 54 ff.

1726 Der Ausdruck *»attachment«* im vorliegenden Zusammenhang bereitet bis in die Gegenwart Schwierigkeiten, weil er die Frage nach der rechtlichen Position des Gläubigers *vor* dem *attachment* bzw der *crystallisation* aufwirft. Die dazu vertretenen Ansätze reichen von der Annahme, dass dem Gläubiger vor *crystallisation* gar keine *proprietary interests* zustehen *(Gough,* Company Charges[2] [1996] 97 ff, 341 ff), über jene eines *security interest in a fund* (vgl unten bei FN 1732) bis zur Theorie einer *defeasible charge (Worthington,* Proprietary Interests in Commercial Transactions [1996] 74 ff: das dingliche Recht des Gläubigers »verschwindet« bei erlaubter Verfügung durch den Sicherungsgeber) und jener der *overreachable charge (Nolan,* Property in a Fund, [2004] 120 LQR 108: Sicherungsgeber und seine Rechtsnachfolger sind immun gegen beschränkte Rechte des Gläubigers). Nachweise und Kurzcharakteristik der erwähnten Po-

charge als zur Verwertung berechtigendes dingliches Recht heftet sich (erst) jetzt an die einzelnen, im Zeitpunkt des Sicherungsfalls im Gesellschaftsvermögen vorhandenen (bzw nachfolgend in dieses gelangende) Gegenstände. Die bisher gleichsam über den ständig fluktuierenden Vermögenswerten schwebende *charge* »kristallisiert« zu einem Sicherungsrecht mit festem Bestand *(crystallisation).* Die *floating charge* wird zur *fixed charge.*[1727]

2. Angesichts der teilweise erheblichen Schwierigkeiten in anderen Rechtsordnungen mit dem **Grundsatz der Spezialität bzw Bestimmtheit** bei der Verpfändung von revolvierenden Sachgesamtheiten und dergleichen liegt die Frage nahe, wie sich das englische Recht angesichts der potentiell allumfassenden *floating charge* zu solcherlei Grundsätzen stellt. Der Befund mag – je nach Blickwinkel – verblüffen: Der Frage scheint als solcher keine besondere Bedeutung beigemessen zu werden.[1728] Sie begegnet soweit ersichtlich eher indirekt, so bei der bereits angeklungenen Problematik einer adäquaten Beschreibung der rechtlichen Wirkung der *floating charge* vor *crystallisation* im Verhältnis zu jener danach. Die Diskussion zu diesem Bereich braucht hier nicht in ihrer vollen Breite aufgerollt zu werden.[1729] Ich beschränke mich auf einige Aussagen in der Rechtsprechung und im Wesentlichen auf eine Lehrmeinung, in der die Spezialitätsfrage – anders als in anderen Stellungnahmen – einigermaßen greifbar resoniert: In seiner häufig zitierten Umschreibung des Wesens einer *floating charge* in *Evans v Rival Granite Quarries Ltd* führt *Buckley* LJ aus:[1730] »A floating security is not a future security; it is a present security, which *presently affects all the assets* of the company *expressed to be included*

---

sitionen folgen dem ausführlicheren Überblick zum Diskussionsstand bei *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 198 ff (Rn 6.71 ff), auf die verwiesen wird. Zu den praktischen Rechtswirkungen vor Kristallisation siehe auch *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 60 ff.

1727 Zur Charakteristik der *floating charge* vgl etwa *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security⁶ 126 ff (Rn 4–02 ff); *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 194 ff (Rn 6.66 ff); *Enchelmaier,* Die englische *floating charge:* Aufstieg und Fall eines Sicherungsrechts, ZVglRWiss 2013, 403 (insb 417 ff); *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen, insb 22 ff, 54 ff, 77 ff. Bei *Enchelmaier* (aaO 418) auch Hinweis auf das theoretische Risiko des Gläubigers, bei starker Einmischung in Geschäftsführungsangelegenheiten des Schuldners als sog *shadow director* iSv section 251 Insolvency Act 1986 qualifiziert zu werden, was bei Erkennbarkeit der Liquidationsgefahr zu Nachschusspflichten führen kann (section 214(1), (2) und (7) Insolvency Act 1986). Auch in dieser Hinsicht erweist sich die fehlende Notwendigkeit von Eingriffen durch den Gläubiger bei der *floating charge* als günstig.

1728 Bei *McKendrick* (ed), Goode on commercial law⁵ (2016) 700 (Rn 23.12) findet sich die Aussage, dass das englische Recht im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen *»does not require specificity of assets for the purpose of security except where Bills of Sale Acts apply«.* Damit ist die individuelle Identifizierung einzelner Gegenstände gemeint, im Gegensatz zur gattungsmäßigen Identifizierung, die ebenfalls möglich (aber auch notwendig) ist.

1729 Vgl oben FN 1726.

1730 Court of Appeal in *Evans v Rival Granite Quarries Ltd,* [1910] 2 KB 979 (per *Buckley* LJ), Hervorhebungen durch den Verfasser.

in it. ... A floating security is not a specific mortgage of the assets, ... but is a floating mortgage *applying to every item comprised* in the security, *but not specifically affecting any item until* some event occurs or some act on the part of the mortgagee is done which causes it to crystallize into a fixed security.« In der Sache ähnlich nennt *Romer* LJ in der insgesamt wohl berühmtesten judiziellen Charakterisierung der *floating charge* als eines seiner drei Kriterien, dass Gegenstand der *charge* eine »Klasse von Vermögenswerten« sei *(charge on a class of assets).*[1731] Aus diesen Äußerungen wird jedenfalls von manchen geschlossen, dass sich die charge vor *crystallisation* auf einen *fund* bezieht *(a present security in a fund of assets),* also auf ein von seinen einzelnen Bestandteilen zu unterscheidendes, separat existierendes Etwas.[1732] Das Sicherungsrecht hängt in dieser Phase somit gleichsam an der Hülle, nicht oder nur mittelbar am Inhalt, den diese umschließt. Erst mit der *crystallisation* heftet sich die Sicherheit endgültig an individuelle Vermögensgegenstände.

In konzeptioneller Hinsicht treten hier erhebliche Unterschiede zum Verständnis des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips namentlich im deutschen Recht zutage: Ein Unternehmen als solches könnte nach deutschem Rechtsverständnis mangels Spezialität nicht Gegenstand einer einheitlichen Sicherheitenbestellung sein. Eine solche, im Besonderen das hierbei abzuschließende Verfügungsgeschäft, müsste sich von vornherein auf bestimmte, individualisierte Sachen beziehen.[1733] Es macht aus Sicht des englischen Rechts auch keinen konstruktiven Unterschied, ob Gegenstand der Sicherheit das gesamte Unternehmen

1731 Court of Appeal, in re *Yorkshire Woolcombers Association Ltd,* [1903] 2 Ch 284 (per *Romer* LJ). Die vollständige Passage lautet: »I certainly do not intend to attempt to give an exact definition of the term ›floating charge‹, nor am I prepared to say that there will not be a floating charge within the meaning of the Act, which does not contain all the three characteristics that I am about to mention, but I certainly think that if a charge has the three characteristics that I am about to mention it is a floating charge. (1.) If it is a charge on a class of assets of a company present and future; (2.) if that class is one which, in the ordinary course of the business of the company, would be changing from time to time; and (3.) if you find that by the charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with.«

1732 So der Duktus bei *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 128 f (Rn 4–03). Und näher zum *fund* als Gegenstand der Sicherheit (aaO 129, Rn 4–04): »In English law, a fund is considered to have an existence distinct from that of its components. The contents of the fund are constantly changing as assets are removed from the fund and new assets come into it, but the identity of the fund itself remains unchanged, in much the same way as the river Thames remains the river Thames despite the fact that the water in it is never the same from one minute to the next.« Die Charakterisierung als *security in a fund* findet auch in der jüngeren Rsp Anklang; vgl die wichtige Entscheidung des House of Lords in re *Spectrum Plus Ltd,* [2005] UKHL 41 = [2005] 2 AC 680 (Rn 139 per Lord *Walker):* »The chargee has a proprietary interest, but its interest is in a fund of circulating capital ...«. Vgl auch die in FN 1724 zitierte Passage aus diesem Urteil.

1733 Siehe allgemein oben IV.A.2.b.(i.) und im Kontext der Unternehmensverpfändung in jüngerer Zeit namentlich *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 98 f mwN.

des Schuldners oder eine enger begrenzte »Klasse« von Vermögenswerten ist (zB »alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen«),[1734] in welchen Fällen im deutschen Recht – abhängig vom Verständnis im Einzelnen – der Spezialitätsgrundsatz für gewahrt bzw zumindest durch »Aufweichung« des Bestimmtheitsgrundsatzes eine wirksame Begründung eines Sicherungsrechts für möglich erachtet wird.[1735] In praktischer Hinsicht bemerkenswert ist mE allerdings vor allem Folgendes: Besondere Anforderungen an die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Sicherungsguts klingen in keiner Weise an. Verwiesen wird schlicht auf die Vereinbarung der Parteien, und zwar für die Phase vor *crystallisation*[1736] als auch für das *attachment* im Kristallisationszeitpunkt selbst: Es genügt letztlich, dass die vom Sicherungsrecht erfassten Gegenstände zu diesem Zeitpunkt aus der Sicherungsabrede identifizierbar sind.[1737] Man wird annehmen dürfen, dass englische Gerichte zur Klärung dieser Frage bei Bedarf auch vor größerem Interpretationsaufwand nicht zurückschrecken würden.[1738]

3. Um den praktischen Wert einer *floating charge* einigermaßen fassen zu können, bedarf es eines zumindest kurzen Hinweises auf deren Verwertung. Klassischerweise erfolgt(e) diese durch einen ***receiver,*** eine Art Unternehmensverwalter, dem die Aufgabe zukommt, Einkünfte aus dem Sicherungsgut entgegenzunehmen und dem gesicherten Gläubiger auszufolgen. Seine Bestellung kann entweder durch das Gericht erfolgen (sections 28 ff Insolvency Act 1986). Lange Zeit

1734 Auch hierzu die bereits zitierte Entscheidung *Yorkshire Woolcombers Association Ltd,* [1903] 2 Ch 284 *(Romer* LJ).

1735 Vgl wieder oben IV.A.2.b.(i.) und *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 175 f mwN.

1736 Vgl den ersten Satz der nach FN 1730 zitierten Passage aus *Evans v Rival Granite Quarries Ltd.*

1737 Vgl – allgemein zur Voraussetzung der *identification* für wirksames *attachment* (vgl oben FN 1702) – *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 70 (Rn 2–06): »Precise identification of the asset at the time of the agreement is not required; it suffices that it is or becomes identifiable as falling within the terms of the security agreement.«

1738 Konkrete Beispiele scheinen rar; wohl auch weil in der Vertragspraxis idR relativ klare Formulierungen verwendet werden. Zumindest teilweise illustrativ ist der Fall *Syrett v Egerton and others,* [1957] 3 All ER 331, der allerdings keine *floating charge* (einer Gesellschaft), sondern die *charge* einer natürlichen Person (eines Autors) über *»all his income and estate from whatsoever source the same may be derived and of whatever nature respectively«* betrifft: Hierzu hat ein konkurrierender Gläubiger vorgebracht, die Sicherheit sei *»too vague to be enforced«.* Das Gericht weist den Einwand zurück und setzt sich dabei sowohl mit der Auslegung der Klausel im konkreten vertraglichen Kontext als auch mit der Zuordnung der streitgegenständlichen Zahlungen auseinander. Zum ersten Punkt (per Lord *Goddard* CJ): »In my opinion, it is perfectly clear that equity will recognise a charge and enforce it if it is on identifiable property. As a matter of construction there is no doubt from the terms of this particular deed that Mr. Curzon was charging not only his present income but also his future income.« Zum Zweiten (per *Donovan* J): »[O]f course, when the charge comes to be enforced, it should not be difficult to ascertain what his income is. So no question of vagueness will arise at the material time, which is the time when the charge comes to be enforced.«

üblich war allerdings die vertraglich vereinbarte Bestellung eines sog *administrative receiver,* dem (anstelle der Organe der Gesellschaft) die Geschäftsführung über im Wesentlichen das gesamte Vermögen der Gesellschaft zukommt (section 29(2)(a) Insolvency Act 1986). Die Bestellung des *administrative receivers* wird vertraglich dem durch die *floating charge* gesicherten Gläubiger vorbehalten, in dessen Interesse er dann auch praktisch ausschließlich tätig wird. Pflichten gegenüber sonstigen Gläubigern treffen den *administrative receiver* nur in äußerst eingeschränktem Umfang. Diese für den *floating charge*-Gläubiger ausgesprochen günstige Verwertungsmöglichkeit wurde durch den Enterprise Act 2002 massiv beschnitten und auf wenige Ausnahmefälle beschränkt (sections 72A–72H Insolvency Act 1986 idgF). Ziel dieser Änderungen ist die Sanierung des Unternehmens anstelle seiner Zerschlagung oder eines Abverkaufs im Interesse der weitestmöglichen Befriedigung des Bestgesicherten.[1739] Ein »Zuckerl« ist dem gesicherten Gläubiger allerdings auch nach dem neuen System geblieben: Verfügt er über eine »qualifizierte« *floating charge,* kann er sich vertraglich die Benennung des *administrators* im Sanierungsverfahren vorbehalten.[1740] Diese Möglichkeit verleiht zumindest institutionellen Kreditgebern, die regelmäßig *administrator*-Positionen »zu vergeben« haben, eine nicht unbeträchtliche Machtposition, auch wenn der solcherart bestellte Unternehmensverwalter an sich im Interesse des Unternehmens und der Gläubiger insgesamt zu agieren hat.[1741]

4. Ein Weiteres ist in Zusammenhang mit der praktischen Bedeutung der *floating charge* jedenfalls anzusprechen, auch wenn diesen Aspekten für die weiteren Zwecke dieser Arbeit, da sie weitgehend auf Spezifika des englischen Rechts beruhen, keine maßgebliche Bedeutung zukommen wird: In mehrfacher Hinsicht ist die Position des gesicherten Gläubigers bei der ***floating charge*** **schwächer als** bei einer ***fixed charge.*** Dies trifft insbesondere auf das Verhältnis gegenüber anderen Sicherungsrechten bzw überhaupt gegenüber nachfolgenden Dispositionen über das Sicherungsgut zu. Wie ausgeführt verbleibt dem Sicherungsgeber im Fall der *floating charge* ja grundsätzlich – letztlich hängt alles von der individuellen Vereinbarung ab – die unbeschränkte Verfügungsbefugnis im ordentlichen Geschäftsbetrieb *(ordinary course of business).* Und das in diesem Zusammenhang

1739 Nach der alten Rechtslage musste das Gericht die Bestellung eines *administrators* zur Durchführung eines Sanierungsverfahrens generell ablehnen, wenn ein *administrative receiver* bestellt war und der *floating charge*-Gläubiger nicht zustimmte; siehe section 9(3) Insolvency Act 1986 aF.

1740 Section 8 iVm Schedule B1 para 14 Insolvency Act 1986 idgF. Eine »qualifizierte« *floating charge* liegt dann vor, wenn diese allein oder in Kombination mit anderen dinglichen Sicherheiten im Wesentlichen das gesamte Gesellschaftsvermögen umfasst.

1741 Für Näheres siehe *Grädler,* Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen 82 ff; *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 705 ff (Rn 20.67 ff).

maßgebende Konzept des »ordentlichen Geschäftsbetriebs« ist ein außerordentlich weites. Es kann sogar außer- und ungewöhnliche Transaktionen umfassen, insbesondere wenn diese für das Überleben des Unternehmens erforderlich sind, und schließt etwa auch begünstigende und damit anfechtbare Geschäfte nicht notwendig aus.[1742] Insbesondere fällt in den *ordinary course of business* in durchaus weitem Umfang auch die Begründung weiterer Sicherungsrechte; etwa für die Besicherung kurzfristiger Finanzierungen oder zur Sicherung eines später eröffneten Kontokorrentkredits.[1743] Im Ergebnis geht somit der Gläubiger einer solchen später bestellten Sicherheit, wenn es sich bei dieser um eine *fixed charge* oder *mortgage* handelt, dem früheren *floating charge*-Gläubiger vor. Hat der Gläubiger seine Forderung hingegen mittels *fixed charge* gesichert, kann ihm ein nachfolgender Erwerber der Sache oder konkurrierender Gläubiger von vornherein nur kraft Gutglaubenserwerbs vorgehen, was aber gerade für nachfolgende Erwerber eines Sicherungsrechts an der Sache infolge Registereintrags praktischerweise kaum in Betracht kommt.[1744]

In Zusammenhang mit dieser quasi systemimmanenten »Prioritätsschwäche« der *floating charge* muss in praktischer Hinsicht auf die weithin übliche Vereinbarung sog ***negative pledge clauses*** hingewiesen werden. Damit verpflichtet sich der Sicherungsgeber, die Bestellung vor- bzw gleichrangiger Sicherheiten an den belasteten Vermögenswerten zu unterlassen. Die in Zusammenhang mit solchen Klauseln entstehenden Fragen sind komplex und werden hier nicht in Einzelheiten verfolgt.[1745] Festzuhalten sind allerdings zwei Beobachtungen eher allgemeiner Natur: Erstens kann man in der verbreiteten Verwendung der *negative pledge clause* ein Bedürfnis der englischen Vertragspraxis sehen, dem *prior-tempore*-Grundsatz für die Rangordnungsbestimmung deutlich mehr Gewicht einzuräumen als dies nach den konzeptionellen Ausgangspunkten der *floating charge*

1742 Siehe die ausführliche Diskussion des Konzepts in *Ashborder BV and others v Green Gas Power Ltd and others,* [2004] EWHC 1517 (Ch) = [2005] 1 BCLC 623 (per *Etherton* J), Rn 192 ff (insbesondere Rn 202 ff mit Zusammenfassung in Rn 227). Vgl ferner *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 200 ff (Rn 5–42 f); Überblick bei *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 568 ff (Rn 15.03, 15.06).

1743 Zum zweitgenannten Fall vgl etwa in re *Valletort Sanitary Steam Laundry Company Ltd,* [1903] 2 Ch 654 (per *Swinfen Eady* J): »If the debentures merely create a floating charge, and there is not any agreement by the company not to create any specific charge taking priority, then an equitable mortgage by deposit subsequent to the debentures takes priority«. Ganz allgemein ferner in re *Colonial Trusts Corporation,* (1879) 15 ChD 465 (per *Jessel* MR): »[I]t would be a monstrous thing to hold that the floating security prevented the making of specific charges or specific alienations of property, because it would destroy the very object for which the money was borrowed, namely, the carrying on of the business of the company«. Vgl auch *Wheatley v Silksone and Haigh Moor Coal Co,* (1885) 29 ChD 715.

1744 Vgl *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 135 (Rn 4–09).

1745 Aus der Standardliteratur sei etwa auf die Erörterung bei *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 375 ff (Rn 8.78 ff) verwiesen.

der Fall wäre. Insoweit, dh in Bezug auf das Prioritätsverhältnis konkurrierender Sicherheiten, nähert sich das englische Recht dem im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken üblichen relativ strengen Abstellen auf die zeitliche Abfolge privatautonom wieder an. Der zweite Aspekt ist gewissermaßen die Kehrseite des ersten: Die dem Sicherungsgeber eingeräumte Befugnis, im ordentlichen Geschäftsbetrieb ohne Rücksicht auf das bestehende Sicherungsrecht zu verfügen, wird durch derartige Vertragsgestaltung grob gesprochen auf Absatzgeschäfte (in einem weiten Sinn) beschränkt. In diesem Bereich manifestiert sich das allseitige Bedürfnis nach lastenfreier Verfügung offenbar am stärksten.

Neben diesem prioritätsbezogenen Aspekt hat der Gesetzgeber die Wirkungen der *floating charge* in einer Reihe von Eingriffen vielfältig beschnitten. Diese werden im nachfolgenden Kapitel referiert.[1746] Hier ist lediglich der Hinweis anzubringen, dass diese Maßnahmen, da sie speziell die *floating charge* betreffen, die **Attraktivität** derselben im Vergleich zur *fixed charge* weiter **reduzieren.** Es nimmt daher nicht wunder, dass in der Vertragserrichtungspraxis Tendenzen aufgekommen sind, die Sicherung des Gläubigers soweit irgend möglich in die Form von *fixed charges* zu gießen. Diese Tendenzen nehmen insbesondere zwei – einander teilweise überschneidende – Formen an: Typisch ist inzwischen zum einen die Bestellung einer Serie von *fixed charges* für alle Vermögenswerte, hinsichtlich derer diese Sicherungsform einigermaßen in Betracht kommt, ergänzt durch eine *floating charge* für den Rest. Damit werden auch die verbleibenden Vorteile der *floating charge* genutzt, insbesondere die Möglichkeit, den *administrator* im Sanierungsverfahren zu bestimmen.[1747] Zum Zweiten hat man versucht, das Instrument der *fixed charge* vertraglich so weit anzupassen, dass es auch in Bereichen zum Einsatz gebracht werden kann, die aufgrund des revolvierenden Charakters des Sicherungsguts gemeinhin als der *floating charge* vorbehalten galten. Dies hat zu einer Intensivierung der Diskussion um die Abgrenzung der beiden *charge*-Formen geführt; zentraler Schauplatz war die Besicherung mittels Buchforderungen und daraus resultierenden, auf Bankkonten verbuchten Erlösen. Die Rechtsprechung hat hierzu anfangs einen recht liberalen Standpunkt eingenommen und die bloße (auch nie ausgeübte) Möglichkeit einer Kontrolle durch den Gläubiger genügen lassen.[1748] Dies ist

---

1746 Siehe IV.E.2.b.

1747 Vgl etwa *Enchelmaier,* ZVglRWiss 112 (2013) 403 (414).

1748 Zuerst in *Siebe Gorman & Co Ltd v Barclays Bank Ltd,* [1979] 2 Lloyd's Rep 142: In Bezug auf offene Forderungen genügt zur Charakterisierung als *fixed charge* im Wesentlichen, dass diese (ohne Zustimmung des Gläubigers) weder abgetreten noch belastet werden dürfen. Die Erlöse waren auf einem bestimmten Konto bei der Gläubigerbank gutzubuchen, von wo aus der Schuldner darüber weitgehend frei verfügen konnte, solange die Bank dies nicht untersagte. Im Urteil in re *New Bullas Trading Ltd,* [1994] BCC 36 = [1994] 1 BCLC 485 billigte der Court of Appeal eine Kombination aus *fixed charge* über die offenen Forderungen und *floating charge* über deren Erlöse (Gläubiger war hier keine Bank, sodass die in *Siebe Gorman* gewählte Lösung

inzwischen überholt.[1749] Einzelheiten sind an dieser Stelle nicht von Bedeutung, da sie zu Reformüberlegungen für Österreich und in einem breiteren europäischen Kontext realistischerweise nichts Wegweisendes beitragen.[1750] Auch in der aktuellen Reformdebatte in England wird die Unterscheidung zwischen *fixed* und *floating charges* als eines der zentralen Probleme des geltenden Rechts identifiziert,[1751] da beträchtliche Unsicherheiten verbleiben und der erforderliche Rechtsberatungsaufwand erheblich ist. Mehrfach – wenngleich aufgrund der traditionell zentralen Bedeutung der *floating charge* zum Teil verhalten – angedacht wurde, die Unterschiede zwischen *fixed* und *floating charge* einzuebnen und die beiden durch eine einzige, einheitliche Sicherungsform zu ersetzen.[1752]

b. Beschränkungen

Ein Aspekt soll im Folgenden besonders herausgegriffen werden, zumal die Entwicklung in anderen Rechtsordnungen, wie gesehen, ziemlich einheitlich in Richtung einer Anerkennung möglichst weitreichender Belastungen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens geht. Die englische *floating charge,* entstanden zu einer Zeit, in der auf dem Kontinent noch das Schreckgespenst der römischrechtlichen Generalhypothek umging und unter Juristen als vordringlich zu bannendes Übel galt,[1753] kann hier wertvolle Anhaltspunkte zur Problemsicht und allenfalls auch zu einer Problembewältigung liefern.

---

des Vorbehalts einer Kontrollmöglichkeit über das Geschäftskonto in der gewohnten Form nicht infrage kam).

1749 In re *Spectrum Plus Ltd,* [2005] UKHL 41 = [2005] 2 AC 680 (HL); vgl davor auch schon die (in England nicht bindende, wohl aber als *persuasive authority* fungierende) Entscheidung des Privy Council in *Agnew v Commissioner of Inland Revenue (= Re Brumark Investment Ltd),* [2001] AC 710. Danach müssen die Forderungserlöse, damit das Sicherungsrecht über offene Forderung und Erlös einheitlich als *fixed charge* anerkannt werden kann, auf einen *blocked account* (ein der Verfügung durch den Schuldner entzogenes Konto) gebucht oder allenfalls direkt an den Gläubiger ausbezahlt werden.

1750 Für das englische Recht selbst ist die praktische Bedeutung hingegen evidentermaßen erheblich. Für Näheres und für wN sei verwiesen auf *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 133 ff (Rn 4–7 ff); *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 216 ff (Rn 6.97 ff); *McCormack,* Secured Credit 209 ff; *Enchelmaier,* ZVglRWiss 112 (2013) 403 (417 ff).

1751 Vgl jüngst das Positionspapier des *Secured Transactions Law Reform Project,* Secured Transaction Law: The Case for Reform 1. Dieses (undatierte, wohl 2014 veröffentlichte) Dokument ist abrufbar unter <http://securedtransactionslawreformproject.org/the-case-for-reform/>.

1752 Deutlich im Law Commission Consultation Paper no 176, 27 f (Rn 2.56 ff); hierzu *McCormack,* The Law Commission Consultative Report on Company Security Interests: An Irreverent Riposte, (2005) 68 MLR 286 (295 ff). Die Diskussionsbeiträge zusammenfassend *Lenhard,* Vorschläge zur Reform 257 ff; vgl auch *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 871 f (Rn 23.169).

1753 Vgl insbesondere oben II.B.2.

1. Schon relativ früh spiegeln sich in der englischen Rechtsprechung Bedenken, dass aufgrund des Globalsicherungscharakters der *floating charge* praktisch das **gesamte Vermögen** des Schuldners von (einem oder mehreren) solcherart gesicherten Gläubigern »**aufgesaugt**« werde. Ein berühmtes Zeugnis gibt Lord *Macnaghten* im 1897 entschiedenen Fall *Salomon v Salomon & Co:*[1754] »For such a catastrophe as has occurred in this case some would blame the law that allows the creation of a floating charge. But a floating charge is too convenient a form of security to be lightly abolished. ... Everybody knows that when there is a winding-up, debenture-holders step in and sweep away everything; and a great scandal it is.« Die in rechtspolitischer Hinsicht vorgetragene Besorgnis Lord *Macnaghtens* gilt – das kann hier für die englische Diskussion sogleich festgehalten werden – den **ungesicherten Drittgläubigern**; konkret den unbezahlten Geschäftspartnern der Schuldnergesellschaft.[1755] Hinsichtlich einer zweiten Gruppe potentiell Betroffener ergeben sich nach englischem Recht hingegen kaum Schwierigkeiten: Nachfolgende gesicherte Gläubiger, denen für ihre Ansprüche im – weit verstandenen – ordentlichen Geschäftsbetrieb eine *fixed charge* oder *mortgage* bestellt wird, gehen der *floating charge* ohnehin vor.[1756] Gleiches gilt für eine dritte Gruppe: Auch der Käufer, Forderungszedent oder sonstige Sacherwerber, der von der *floating charge* erfasste Vermögenswerte im ordentlichen Geschäftsbetrieb der Schuldnergesellschaft von dieser erwirbt, erlangt schon aufgrund der insoweit bestehenden Verfügungsbefugnis eine unbelastete Rechtsposition.

Lord *Macnaghtens* Kritik bleibt nicht vereinzelt. Dabei gilt der Umstand, dass aufgrund der vollumfänglichen Belastung des Unternehmensvermögens mittels

---

1754 *Aron Salomon v A. Salomon and Company, Ltd,* [1897] AC 22 (HL) 53 (per Lord *Macnaghten).* Anders als in der heute wohl typischen Konstellation handelt es sich beim durch *floating charge* gesicherten Gläubiger hier nicht um eine Bank, sondern um einen Kaufmann, der sein (damals gutgehendes) Einzelunternehmen auf eine *limited* übertragen und dieser einen Teil des Kaufpreises – durch die *floating charge* gesichert – kreditiert hatte. Von den 40.000 Anteilen zu je £ 1,– zeichnete 20.001 der ehemalige Einzelunternehmer *(A. Salomon),* jeweils einen Anteil hielten seine Frau und fünf seiner Kinder (womit die nach Companies Act 1862 erreichte Mindestanzahl von sieben Gesellschaftern erreicht war), weitere Anteile wurden nicht ausgegeben; zum alleinigen Geschäftsführer wurde *A. Salomon* bestellt. Entsprechend ging eine der Hauptfragen im Verfahren dahin, ob überhaupt von einer rechtmäßigen Gesellschaft ausgegangen werden könne, oder ob diese bloß als *»alias«* des Verkäufers und die Mitgesellschafter als *»dummies«* anzusehen seien. Das House of Lords sieht die Inkorporierung und die damit verbundene Haftungsbeschränkung als legitim und unproblematisch an. In rechtspolitischer Hinsicht als Ungerechtigkeit gegenüber den ungesicherten Drittgläubigern wird, jedenfalls von Lord *Macnaghten,* einzig die Bevorzugung gesicherter Kreditgeber aufgrund einer *floating charge* gewertet.

1755 Die inmitten des bei FN 1754 zitierten Texts ausgelassene Passage lautet: »I have long thought, and I believe some of your Lordships also think, that the ordinary trade creditors of a trading company ought to have a preferential claim on the assets in liquidation in respect of debts incurred within a certain limited time before the winding-up.«

1756 Vgl oben IV.E.2.a. unter 4.

floating charge im Liquidationsfall für ungesicherte Gläubiger in aller Regel nichts mehr übrig bleibt, praktisch als Gemeingut.[1757] Gleichsam flankiert wird dies durch weitere als illegitim empfundene Vorzüge; etwa dass der *floating charge*-Gläubiger, auch wenn seine eigene Forderung gegenüber der Gesellschaft noch gar nicht fällig ist, durch Bestellung eines *receivers* alle vorher Exekution führenden ungesicherten Drittgläubiger von der Befriedigung ausschließen kann.[1758] Als eigentlicher Grund des Übels wird auch hierzu die Möglichkeit einer Pfandbestellung über alles zukünftige Vermögen identifiziert. Ein Richter, der sich bei der Beurteilung einer solchen Konstellation durch die Autoritäten gebunden sieht und folglich den *receiver* bestellt, verleiht im Urteil ausdrücklich seiner Hoffnung Ausdruck, durch eine höhere Instanz *overruled* zu werden. Allenfalls möge der Gesetzgeber tätig werden.[1759] Die Beispiele ließen sich fortsetzen.[1760]

1757 Vgl etwa in re *London Pressed Hinge Company, Ltd,* [1905] 1 Ch 576 (per *Buckley* J); zusammenfassend *Agnew v Commissioner of Inland Revenue (= Re Brumark Investment Ltd),* [2001] AC 710 (PC), Rn 9 (per Lord *Millet):* »Valuable as the new form of security was, it was not without its critics. One of its consequences was that it enabled the holder of the charge to withdraw all or most of the assets of an insolvent company from the scope of a liquidation and leave the liquidator with little more than an empty shell and unable to pay preferential creditors.«

1758 Dies wird von *Buckley* J in re *London Pressed Hinge Company, Ltd,* [1905] 1 Ch 576 als häufig auftretendes Problem geschildert. Dieses gestaltet sich wie folgt: Die schuldnerische Gesellschaft hat eine *floating charge* über ihr gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen bestellt. Aus dem hierdurch besicherten Kredit sind keinerlei Zahlungen fällig, weder an Kapital noch an Zinsen (Letztere sind halbjährlich zu entrichten und wurden pünktlich bezahlt). Ein anderer, ungesicherter Gläubiger setzt eine Forderung gegen die Gesellschaft gerichtlich durch und ist nun in einer Position, die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft einzuleiten. Mit Verweis auf diese »Gefährdung ihrer Sicherheit« beantragen die *floating charge*-Gläubiger die Bestellung eines *receivers.* Wird dem Antrag stattgegeben, kommt es zur Kristallisation der *floating charge:* Sobald der *receiver* bestellt ist, geht die nun als *fixed charge* fortbestehende Sicherheit dem Exekutionsgläubiger vor. Die Gesellschaft kann dem Pfändungsgläubiger, dessen Forderung fällig ist, keine Zahlungen mit Vorrang vor den *floating charge*-Gläubigern leisten, die gegenwärtig gar nichts zu fordern haben. Dabei unterfallen vom nunmehrigen Exekutionsgläubiger erbrachte Leistungen, sofern das von diesem kreditierte Geld oder dessen gelieferte Waren bei der Gesellschaft noch vorhanden sind, dem Sicherungsrecht der *floating charge*-Gläubiger.

1759 *Buckley* J aaO: »I am unable upon the authorities to find anything to enable me to put a stop to what I feel to be an injustice. It is an injustice arising from the nature as defined by the authorities of a floating security. The mischief arises from the fact that the law allows a charge upon all future property. The subject, however, is one which, I think, urgently requires attention. I should be glad that the authorities should be reviewed in a Court of higher jurisdiction than this in case the execution creditor should be able to find grounds for thinking that the decisions which bind me can be successfully impeached elsewhere. It is not for me to say whether the matter requires the attention of the Legislature. In my judgment the plaintiffs, as the authorities stand, are entitled to an order for a receiver, and I make an order accordingly.«

1760 Siehe etwa *Malins* V-C in re *General South American Company,* (1876) 2 Ch D 337. Als besonders bedenklich sieht dieser Richter an, dass die besicherten Kredite von Gesellschaftern in der Krise gewährt wurden, um den Zusammenbruch der Gesellschaft zu verhindern. Dennoch sei nach dem Zweck des Companies Act 1862 zugunsten der *floating charge*-Gläubiger zu entscheiden, da Drittgläubigern die Möglichkeit offenstehe, sich über das (damals allein bei der

2. Tatsächlich hat der englische Gesetzgeber mit einer Reihe von Maßnahmen versucht, die Position von *floating charge*-Gläubigern gegenüber ungesicherten Drittgläubigern zu schwächen.[1761] Im Ergebnis ist die *floating charge,* wie treffend formuliert wurde, zum Opfer ihres eigenen Erfolgs geworden.[1762]

Einen ersten Schritt setzt der Gesetzgeber nur wenige Monate nach Lord *Macnaghtens* offener Kritik in *Salomon v Salomon & Co:*[1763] Sections 2 und 3 des Preferential Payments in Bankruptcy Amendment Acts 1897 verleihen bestimmten Gruppen von ungesicherten Gläubigern ein **Vorzugsrecht** für ihre Forderungen, sodass diese den durch *floating charge* gesicherten Forderungen vorgehen. Der Vorrang gilt im Konkurs, in der Liquidation sowie bei Bestellung eines *receivers,* soweit das für die ungesicherten Gläubiger verfügbare Vermögen zur Befriedigung der Vorzugsgläubiger nicht ausreicht. Begünstigt werden zunächst Steuern und Abgaben sowie Lohnforderungen.[1764]

Mit dem Companies Act 1900 wird zudem eine **Registrierungspflicht** für *floating charges* (und viele weitere *charges* und *mortgages)* eingeführt. Sie besteht in grundsätzlich ähnlicher Form noch heute.[1765] Die Rechtsfolgen bei Unterlassen der Eintragung sind grundsätzlich streng: Das Sicherungsrecht ist gegenüber bestimmten Dritten unwirksam *(void),* und zwar nach der Stammfassung *»against the liquidator and any creditor of the company«* (section 14(1) Companies Act 1900).[1766] Die Eintragung in ein zentrales und öffentlich zugängliches Register soll es Gläubigern der Gesellschaft ermöglichen, das Risiko vorhandener Belastungen zu prüfen.

Gesellschaft selbst zu führenden) Pfandregister Kenntnis von der Existenz und sodann über den Inhalt der Kredit- und Pfandverträge zu verschaffen, sodass jede gleichwohl ungesichert erfolgende Kreditierung als im eigenen Risiko eingegangen zu werten sei.

1761 Überblick etwa bei *Enchelmaier,* ZVglRWiss 112 (2013) 403 (411 ff); vgl auch *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 196 f (Rn 6.68).

1762 *Enchelmaier,* ZVglRWiss 112 (2013) 403 (436).

1763 Einen Zusammenhang zwischen dieser Entscheidung und dem nachfolgenden Gesetzgebungsakt sieht jedenfalls Lord *Walker* in re *Spectrum Plus Ltd,* [2005] UKHL 41 = [2005] 2 AC 680 (Rn 132): »With remarkable promptness Parliament responded …«.

1764 Siehe die ausführliche Darstellung der Entwicklung durch Lord *Nicholls* in *Buchler and another v Talbot and others,* [2004] UKHL 9 = [2004] 1 All ER 1289, Rn 8 ff. Vgl heute noch sections 40, 175(2)(b) iVm 386 Insolvency Act 1986 (wobei das Steuerprivileg der Krone durch den Enterprise Act 2002 mittlerweile entfallen ist, vgl unten bei FN 1771). Nach section 754(2) und (3) Companies Act 2006 gelten diese Vorrangrechte auch, wenn außerhalb eines Insolvenzverfahrens von einer *floating charge* umfasste Vermögenswerte vom oder für den gesicherten Gläubiger in Besitz genommen werden.

1765 Für Näheres siehe unten IV.E.3. Zum breiteren Kontext der Entwicklung *de Lacy* in *de Lacy,* Reform 3 (20 ff), zu Modifikationen nach 1900 ebendort 27 ff.

1766 Die Bezugnahme auf *»any creditor«* wurde schon damals iSv »gesicherte und ungesicherte, gegenwärtige und zukünftige« Gläubiger verstanden; vgl *F.B. Palmer,* The Companies Act 1900² (1901) 40. Der Erwerber der Sache zu Eigentum wird hierunter traditionell nicht subsumiert (was bei einer *floating charge* irrelevant ist, da ohnehin im ordentlichen Geschäftsbetrieb lastenfrei verkauft werden kann, bei anderen Sicherungsformen allerdings sehr wohl eine Rolle spielt); vgl auch hierzu unten IV.E.3.

In praktischer Hinsicht ist die Wirkung des Schuldnerschutzes freilich beschränkt, namentlich für gewöhnliche Handelspartner.[1767]

Weitere Sonderregelungen betreffen das Insolvenzrecht. So besteht unter den Regelungen, die man im deutschsprachigen Raum als insolvenzrechtliche **Anfechtungstatbestände** bezeichnen würde, ein zusätzlicher, lediglich auf *floating charges* anwendbarer Tatbestand.[1768] Der zeitlich jüngste Eingriff erfolgte im Zuge der Einführung des neuen Companies Act 2006: Danach sind die **Kosten des Insolvenzverfahrens** aus dem von einer *floating charge* behafteten Gesellschaftsvermögen zu decken, soweit sie nicht durch Vermögen abgedeckt werden können, das den allgemeinen Gläubigern verbleiben würde.[1769]

Die massivsten Einschnitte resultieren allerdings aus dem Enterprise Act 2002. Bereits erwähnt wurde die **weitgehende Abschaffung** des Rechts, sich die Bestellung eines ***administrative receivers*** vorzubehalten. An dessen Stelle ist die Möglichkeit der Wahl des *administrators* im Sanierungsverfahren getreten.[1770] Zwar hat der Enterprise Act 2002 für *floating charge*-Gläubiger auch eine Erleichterung gebracht, und zwar in Form eines Wegfalls der *Crown preference,* dh des Vorzugsrechts des Staats für Steuer-, Zoll- und Sozialversicherungsschulden.[1771] Im Gegenzug sieht nun section 176A Insolvency Act 1986 idF des Enterprise Act 2002, ergänzt durch die wenig später erlassene Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003, die Bildung eines ***prescribed part*** zugunsten aller ungesicherten Gläubiger vor. Dieser den ungesicherten Gläubigern vorbehaltene Anteil ist von jenem Gesellschaftsvermögen zu bilden *(»net property«),* das einer *floating charge* unterliegt und zur Befriedigung des *floating charge*-Gläubigers herangezogen werden kann (bzw, gäbe es eben jene Bestimmung nicht, herangezogen würde).[1772] Es wird also

1767 Vgl Lord *Millet* in *Agnew v Commissioner of Inland Revenue (= Re Brumark Investment Ltd),* [2001] AC 710 (PC), Rn 10: »So far as the ordinary trade creditors were concerned, however, the remedy provided by registration was more theoretical than real.«

1768 Section 245 Insolvency Act 1986 sieht im Wesentlichen vor, dass eine *floating charge,* die von einer insolventen Gesellschaft während eines bestimmten Zeitraums vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bestellt wurde, unwirksam ist, es sei denn, die Bestellung erfolgte *»for new value«.* Die Frist beträgt grundsätzlich 12 Monate, bei Bestellung zugunsten einer »mit der Gesellschaft verbundenen Person« zwei Jahre. – Überblick über die Anfechtungstatbestände insgesamt etwa bei *McKendrick* (ed), Goode on Commercial Law[5] 886 ff (Rn 31.34 ff); vg auch *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 226 f (Rn 5–79).

1769 Section 176ZA Insolvency Act 1986 (für das Liquidationsverfahren) bzw schedule B1 para 70, 99(3)(b) zum Insolvency Act 1986 (zum Sanierungsverfahren/*administration),* jeweils idF des Companies Act 2006. Zu Auslegung und Geschichte dieser Bestimmungen, speziell zu den Implikationen der Voraussetzung zweckmäßig getätigter Aufwendungen siehe *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 684 ff (Rn 20.34 ff).

1770 Vgl bereits oben IV.E.2.a. unter 3.

1771 Vgl *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 680 (Rn 20.26).

1772 Section 176A(6) Insolvency Act 1986: »net property is the amount of its property which would, but for this section, be available for satisfaction of claims of holders of debentures secured by, or holders of, any floating charge created by the company«. Daher gehen zB bevorrechtete

gewissermaßen aus dem Kuchen des *floating charge*-Gläubigers ein Teil herausgeschnitten ***(carve out),*** vorausgesetzt er hat eine gewisse Mindestgröße. Als derartiger *minimum value* an erforderlichem *net property* sind £ 10.000,– festgesetzt.[1773] Dies vorausgesetzt, bestimmt sich der für die ungesicherten Gläubiger zu reservierende Anteil wie folgt: Aus den ersten £ 10.000,– an Nettovermögen sind 50 % zu reservieren, vom darüber hinausgehenden Vermögen 20 %. Insgesamt ist der nach section 176A Insolvency Act 1986 den ungesicherten Gläubigern vorbehaltene Betrag zunächst mit £ 600.000,– gedeckelt gewesen;[1774] dieser Betrag wurde mittlerweile inflationsbedingt auf £ 800.000,– angehoben.[1775] Aus dem solcherart gebildeten *prescribed part* werden die ungesicherten Gläubiger grundsätzlich proportional befriedigt.[1776] Die Pflicht zur Bildung eines *prescribed part* gilt in den meisten Verwertungsszenarien: Sie trifft den *liquidator,* den *administrator* im Sanierungsverfahren sowie jegliche Art von *receiver.*[1777]

Insgesamt wird die *floating charge* durch diese Vorschriften in ihrem Sicherungswert heute recht erheblich beschnitten. Freilich auch *nur* die *floating charge.* Gelingt es dem Gläubiger, den wesentlichen Teil des Unternehmensvermögens über eine Serie von *fixed charges* zu absorbieren, bleibt dies in Hinblick auf die Interessen ungesicherter Gläubiger ohne Konsequenz.

3. Ein kurzer Exkurs sei hier angefügt: Die globale Verhaftung des gesamten Schuldnervermögens hat im englischen Recht wie gesehen zu einer (gewissen) Sorge um das Wohl ungesicherter Gläubiger geführt. Sorgt man sich auch um das **Schicksal des Schuldners selbst**?

Gläubiger vor; näher *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 681 (Rn 20.27). Gesicherte Gläubiger können an der Befriedigung aus dem *prescribed part* nicht teilnehmen, auch wenn ihre Sicherheit nicht ganz zur Abdeckung ihrer Forderung ausreicht. Möglich wäre eine solche Partizipation nur bei Verzicht auf die Sicherheit, was allenfalls für einen zweitrangigen *floating chargee* eine sinnvolle Option darstellen kann; vgl hierzu *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 681 f (Rn 20.28).

1773 Section 176A(3) Insolvency Act 1986 iVm section 2 Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003.

1774 Section 3 Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003. Ab einem *net property* von £ 2.985.000,– fließen nach diesem ursprünglichen Berechnungsmodell somit keine weiteren Beträge in den *prescribed part.* Vgl *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 682 f (Rn 20.30).

1775 Durch Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) (Amendment) Order 2020; vgl Explanatory Memorandum 2020 no 211.

1776 Vgl wieder *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 683 (Rn 20.31) mit dem Hinweis, dass durch einzelne Spezialgesetze innerhalb des *prescribed part* wiederum Vorrangrechte begründet wurden, so für Versicherungsprämien.

1777 Section 176A(1) Insolvency Act 1986. Nicht anwendbar soll die Regelung demgegenüber dann sein, wenn der Pfandgläubiger gemäß section 754 Companies Act 2006 pfandverfangene Gegenstände in Besitz nimmt; so *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 681 (Rn 20.27 FN 131).

Diese Frage spielt bei der Bestellung von *floating charges* durch Kapitalgesellschaften naturgemäß keine Rolle. Deren Sinn und Zweck ist es ja gerade, dem schuldnerischen Unternehmen die Fortführung des Geschäftsbetriebs und damit die Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz möglichst unbeschränkt zu ermöglichen. Eine »Knebelung«, ein Verlust der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit tritt nicht ein. Auch sonst – etwa für den Fall umfassender Besicherung durch *fixed charges,* wodurch der Geschäftsbetrieb paralysiert werden könnte – scheint die Frage, was Kapitalgesellschaften betrifft, nicht relevant. Schlägt das Unternehmen fehl, wird eben liquidiert.

Zumindest aufgeworfen wurde die Frage allerdings in einem Fall, in dem eine natürliche Person ein Pfandrecht über *»all his income and estate from whatsoever source the same may be derived and of whatever nature respectively«* bestellt hatte. Die Sicherheit umfasste damit insbesondere alles zukünftige Einkommen des Sicherungsgebers und damit offensichtlich die wesentliche Existenzgrundlage des Schuldners, von dem lediglich bekannt ist, dass er Einkünfte aus der Autorschaft bzw Komposition von Musikstücken bezieht. Über bestimmte derartige Tantiemen bestellt der Schuldner später ein weiteres Pfandrecht zugunsten eines anderen Gläubigers; es kommt zum Prozess zwischen den beiden Pfandgläubigern. Dabei macht der spätere die Unwirksamkeit des früheren Pfandrechts geltend: Diese Sicherheit verstoße gegen *public policy,* da sie dem Schuldner sein gesamtes Vermögen und die Möglichkeit, seinen Unterhalt zu bestreiten, nehme. Das Gericht scheint bestrebt zu sein, dieser Frage wenn nur irgend möglich auszuweichen. Die Richter »teilen« die Klausel zwischen Einkommen *(income)* und sonstigem Vermögen *(estate)* und erachten jedenfalls die Verpfändung des Einkommens allein für zulässig. Die »breitere« Frage wird, wie alle drei Richter betonen, ausdrücklich offengelassen.[1778]

3. Registrierung gemäß Companies Act 2006 nach der Reform 2013

a. Allgemeines

Das englische Registrierungssystem für Sicherungsrechte weist abermals deutliche Unterschiede zu den bisher vorgestellten Systemen in den Niederlanden, Frankreich und Belgien auf. Die nachfolgende Darstellung erfolgt auf Grundlage einer nicht unerheblichen, allerdings auch nicht grundlegenden Reform aus dem

1778 *Syrett v Egerton and others,* [1957] 3 All ER 331. In den Worten von Lord *Goddard* CJ: »[W]e need not decide the rather larger question, which never has been specifically decided, whether the charging of the whole of a man's property and estate may be regarded with such disfavour by equity that they will not enforce it. I can see no reason at all why a man is not entitled to charge his income. His income is distinct from the rest of his estate.« Zu der im Text zitierten Klausel in Hinblick auf die Identifizierbarkeit des Sicherungsguts siehe auch oben FN 1738.

Jahr 2013.[1779] Unter anderem besteht nunmehr die Möglichkeit vollelektronischer Registrierung und Abfrage via Internet. Abfragen erfolgen über das zentral vom Companies House in Cardiff geführte **Gesellschaftsregister.** Die Recherche sämtlicher dort registrierter Dokumente steht jedermann offen. Nachweis oder Bescheinigung eines wie immer gearteten rechtlichen Interesses ist nicht erforderlich. Auch die Identität des Registernutzers braucht bei der Durchführung einer Abfrage, die mittlerweile ohne jegliche Anmeldung auf der Website des Company House durchgeführt werden kann, nicht mehr offengelegt zu werden.[1780] Eine Abfrage unter Eingabe der Firma wirft eine Übersichtsseite mit sämtlichen beim Companies House registrierten Dokumenten betreffend die Gesellschaft aus (zB Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellungen, Jahresabschlüsse und eben registrierte Sicherungsrechte). Die meisten Dokumente, darunter die hier interessierenden Urkunden über dingliche Sicherungsrechte, können gratis von jedermann eingesehen werden.[1781] Erfasst sind in diesem Register sämtliche im Vereinigten Königreich registrierte Kapitalgesellschaften; nicht also Einzelunternehmen oder nichtinkorporierte Personengesellschaften. Spezielle Register bestehen für Schiffe, Luftfahrzeuge und Immaterialgüterrechte; diese bleiben im Folgenden außer Betracht.

Zu registrieren sind sämtliche von der Gesellschaft bestellte ***mortgages* und *charges,*** unabhängig davon, auf welche Art von Sicherungsgut sie sich beziehen;[1782] also etwa auch in Bezug auf unbewegliches Vermögen. Für besitzgebundene Sicherungsrechte *(pledge, lien)* besteht somit keine Registrierungspflicht; ebensowenig für Finanzsicherheiten im Sinne der Financial Collateral Arrangements Regulations (FCARs), welche *possession or control* des Gläubigers voraussetzen.[1783] Ebenfalls keine Registrierungspflicht besteht ferner für die oben erwähnten *quasi-securities*

1779 Durch Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013, SI 2013/600.

1780 Nach Inkrafttreten der Reform von 2013 war zur Abfrage noch die Eröffnung eines Accounts unter Angabe einer E-Mail-Adresse und eines Passworts erforderlich. Die Identität des Abfragers brauchte allerdings auch nach diesem urspünglichen System *(»WebCheck«)* nicht bekanntgegeben (geschweige denn nachgewiesen) zu werden. Das *WebCheck*-Service steht als alternatives Suchsystem weiterhin zur Verfügung.

1781 Im alternativ nutzbaren *WebCheck*-System (FN 1780) wird eine chronologische Liste aller Eintragungen angezeigt, woraus per Mausklick einzelne Dokumente ausgewählt werden können und nach Zahlung einer Gebühr von £ 1,– pro Dokument per E-Mail in pdf-Form zugestellt werden.

1782 Vgl section 859A(1) und (7) Companies Act 2006 idF 2013, mit gewissen Ausnahmen in Absatz (6), zB für Barkautionen zugunsten eines Vermieters von unbeweglichem Vermögen. In der nunmehrigen Registrierungspflicht grundsätzlich aller *charges* und *mortgages* liegt eine Vereinfachung und Konsolidierung gegenüber dem vormaligen Rechtszustand: Die Companies Acts sahen davor – bis hin zum Companies Act 2006 in seiner Stammfassung (dort section 860(7)) – Auflistungen jener Vermögenswerte bzw Besicherungsformen vor, hinsichtlich derer die Registrierungspflicht angeordnet war.

1783 Überblick zu den Ausnahmen von der Registrierungspflicht bei *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 81 f (Rn 2–19).

wie Mietkauf, *sale-and-lease-back* und Eigentumsvorbehalt, auch wenn ihnen funktional Sicherungscharakter zukommt.[1784]

Die Registrierung erfolgt nach Übermittlung der erforderlichen Dokumente[1785] an die Registerstelle, wobei diese Übermittlung durch die Sicherungsgeber-Gesellschaft *»or any person interested«* erfolgen kann.[1786] Typischerweise erfolgt sie durch den Gläubiger.

b. Funktion des Registers und Rechtsfolgen unterlassener Registrierung

Zur Funktion des Registers kann zum Teil auf bereits Gesagtes zurückgegriffen werden. Sie lässt sich am besten als ***perfection requirement*** beschreiben, also als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Sicherungsrechts gegenüber (bestimmten) Dritten. Im Gesetzestext bildet sich dies am deutlichsten in der Regelung der Rechtsfolgen einer nicht rechtzeitig vorgenommenen Registrierung ab: Werden vor Ablauf der Registrierungsfrist von grundsätzlich 21 Tagen ab Abschluss des Sicherungsbestellungsvertrags *(creation)* die für die Registrierung erforderlichen Dokumente nicht an die Registerstelle übermittelt, ist das Sicherungsrecht unwirksam *(void)* gegenüber dem *liquidator,* dem im Sanierungsverfahren bestellten *administrator* und einem Gläubiger der Gesellschaft (section 859H(3) Companies Act 2006 idF 2013).[1787] Als Gläubiger im Sinne dieser Bestimmung gilt grundsätzlich jeder Gläubiger, dem ein *interest* am Sicherungsgut zukommt, also gesicherte Gläubiger einschließlich *lien-holders* sowie Exekutionsgläubiger, daneben ungesicherte Gläubiger, diese aber nur, wenn die Gesellschaft sich im Liquidations- oder Sanierungsverfahren *(administration)* befindet.[1788] Nicht erfasst ist hingegen der Erwerber *(outright purchaser)* der belasteten Sache; diesem gegenüber wirkt also auch ein dauerhaft nicht eingetragenes Sicherungsrecht (wobei freilich lastenfreier Erwerb kraft guten Glaubens in Betracht kommen kann). Das Fehlen dieser Kategorie von Dritten wird in jüngerer Zeit mitunter als Lücke empfunden, die geschlossen werden sollte.[1789] –

1784 Vgl bereits oben IV.E.1.a.

1785 Näher unten IV.E.3.c.

1786 Section 859A(2) Companies Act 2006 idF 2013.

1787 Die Frist von 21 Tagen ergibt sich aus section 859A(4) Companies Act 2006 idF 2013; zur Bestimmung des Zeitpunkts der *creation* ordnet section 859E Präzisierungen an. Mit gerichtlicher Genehmigung ist auch eine Verlängerung der Eintragungsfrist möglich (section 859F). – Eine vorübergehende, mit 5.4.2021 wieder ausgelaufene Verlängerung der 21-Tage-Frist auf 31 Tage aufgrund der COVID-19-Pandemie gemäß Companies etc (Filing Requirements) (Temporary Modifications) Regulations 2020 bleibt im Folgenden außer Betracht. Vgl dazu das Explanatory Memorandum 2020 no 645.

1788 *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 85 (Rn 2–23).

1789 Vgl nochmals *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 85 (Rn 2–23) mit Hinweis auf frühere Reformstudien bzw Legislativvorschläge, die eine Gleich-

Soweit wegen nicht rechtzeitiger Registrierung Unwirksamkeit der Sicherheit nach section 859H eintritt, wird die nun nicht mehr gesicherte Forderung sofort fällig.[1790]

In Zusammenhang mit der Einordnung der Registrierung als Voraussetzung der *perfection* ergeben sich einige weitere Gesichtspunkte: Für die **Begründung** der *mortgage* oder *charge* als dingliches Sicherungsrecht *(creation, attachment)* ist die Registrierung nicht Voraussetzung. Diese vollzieht sich grundsätzlich bereits mit dem Abschluss des Sicherungsvertrags und begründet insbesondere das Recht zur Verwertung bei Fälligkeit bzw bei Eintritt des Sicherungsfalls.[1791] Die Trennung der beiden Aspekte der *creation* und *perfection* spiegelt sich im Übrigen auch darin wider, dass die Registrierungspflicht zeitlich an die bereits erfolgte *creation* anknüpft: Ab diesem Zeitpunkt stehen 21 Tage zur Verfügung. Noch wesentlicher und für das gegenwärtige englische Recht charakteristisch ist allerdings, dass die Registrierung **nicht prioritätsbestimmend** wirkt. Der Rang des Sicherungsrechts bestimmt sich vielmehr nach dem Zeitpunkt der *creation.* Der hierdurch gewonnene Rang kann allerdings bei Unterlassen rechtzeitiger Registrierung durch die oben erwähnte Unwirksamkeit des Sicherungsrechts im Verhältnis zu bestimmten Dritten diesen gegenüber wieder verloren gehen. Insoweit kann man die Registrierung natürlich durchaus als Prioritätsvoraussetzung, genauer wohl als Voraussetzung der Wahrung eines bereits erworbenen Rangs, bezeichnen.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich ferner, dass der Aussagewert des Registers (neben der fehlenden Registrierung von *quasi-securities)* auch insoweit ein begrenzter ist, als erst kürzlich begründete Sicherungsrechte aufgrund der 21-Tage-Frist im Register noch nicht aufscheinen müssen, unter der Voraussetzung rechtzeitig erfolgender Registrierung aber gleichwohl wirksam bleiben und ihren bereits durch *creation* gesicherten Rang behalten. Auch die sorgfältigste Registerrecherche eines neuen Kreditgebers und die zügigste Registrierung seines eigenen Sicherungsrechts können somit nicht verhindern, dass sich dieser Gläubiger in seiner Erwartung eines günstigen Rangs enttäuscht sieht. Dies wird – wenig verwunderlich – als problematisch angesehen.[1792]

Im eigentlichen Sinne verpflichtend ist die Registrierung einer *charge* oder *mortgage* nach alldem nicht. Die noch vor der Reform 2013 vorgesehene Sanktion

---

stellung von (entgeltlichen) Sacherwerbern mit den Erwerbern sonstiger dinglicher Rechte angeregt bzw vorgesehen hatten, jedoch bislang nicht umgesetzt worden sind.

1790 Section 859H(4) Companies Act 2006 idF 2013. Der Gläubiger kann also immerhin den fürderhin ungesicherten Rückzahlungsanspruch sofort geltend machen.

1791 Vgl bereits die allgemeinen Ausführungen zu *attachment* und *perfection* oben IV.E.1.b.

1792 Vgl etwa *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 86 (Rn 2–23) sowie das Positionspapier des *Secured Transactions Law Reform Project,* Secured Transaction Law: The Case for Reform 3 (oben FN 1751).

einer Geldbuße für die mit der Eintragung säumige Gesellschaft und deren verantwortliche Mitarbeiter[1793] ist nunmehr entfallen. In diesem Sinne wird ausgeführt, es stelle nun in erster Linie eine wirtschaftliche Entscheidung des gesicherten Gläubigers dar, auf eine Registrierung aus Zeit- und Kostengründen allenfalls zu verzichten und dafür die Unwirksamkeit im Fall der Insolvenz des Schuldners in Kauf zu nehmen. Bei kurzfristigen Sicherungen könne die Entscheidung in der Praxis daher auch gegen eine Registrierung ausfallen.[1794]

c. *Gegenstand der Eintragung und Zugang zum Register*

Das englische Registersystem sieht traditionell die Übermittlung zweier Dokumente an die Registerstelle vor. Dies sind einerseits ein kürzeres Dokument mit gesetzlich festgelegten Pflichtangaben (sog ***prescribed particulars),*** andererseits – sofern hierüber eine Urkunde existiert – der Pfandbestellungsvertrag selbst (sog ***instrument of charge).*** Man spricht von ***transaction filing:*** Der Registrierungsstelle werden detaillierte und definitive Informationen über das jeweilige Sicherungsrecht vorgelegt, einschließlich der Pfandbestellungsurkunde selbst.[1795] Vor der Reform 2013 wurden vom Personal des Companies House die Übereinstimmung zwischen *prescribed particulars* und dem *instrument of charge* geprüft, sodann ein *certificate of registration* ausgestellt, die *prescribed particulars* ins Register aufgenommen und das *instrument of charge* zurückgestellt.[1796] Dies wurde mit der Reform geändert: Die Überprüfung durch die Registerstelle entfällt, dafür werden nun sowohl die *particulars* als auch das *instrument of charge* in das elektronische Register aufgenommen[1797] und sind nun beide darin zugänglich. Ein Interessent kann sich somit über die *particulars* einen vergleichsweise raschen Überblick verschaffen und deren Übereinstimmung mit dem – letztlich maßgeblichen – Pfandbestellungs-

---

1793 Vgl noch section 860(4) und (5) Companies Act 2006 in seiner Stammfassung.

1794 In diesem Sinne *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 85 f (Rn 2–23) mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien.

1795 *»Transaction filing«* ist kein völlig feststehender Begriff. Meist wird er als Gegenbegriff zum *notice filing* gebraucht, das im Wesentlichen dadurch gekennzeichnet ist, dass a) die Quantität und Detailliertheit der übermittelten Information sowie b) deren Validität beschränkt ist, da nicht vorausgesetzt wird, dass das Sicherungsrecht tatsächlich (schon) begründet wurde. Beides ist im englischen System nicht der Fall: Durch Übermittlung des Pfandbestellungsvertrags selbst ist sowohl die der Registerstelle übermittelte Information umfassend als auch die erfolgte Begründung des Sicherungsrechts (von aus der Urkunde nicht ersichtlichen Wurzelmängeln abgesehen) dokumentiert. Für eine Gegenüberstellung von *transaction* und *notice filing* vgl etwa *McCormack,* Secured Credit 130 ff.

1796 Näher *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 441 f (Rn 10.16). Ein besonderes Problem konnte sich daraus ergeben, dass das *certificate of registration* als voller Beweis *(conclusive evidence)* der Erfüllung der Registrierungsvoraussetzungen galt (section 869(6)(b) Companies Act 2006 aF), auch wenn die Angaben in den *particulars* vom Pfandbestellungsvertrag tatsächlich abwichen.

1797 Section 859I(2)(b) iVm section 859A(3) Companies Act 2006 idF 2013.

vertrag selbst überprüfen.[1798] Jedes registrierte Sicherungsrecht erhält einen einmaligen Referenzcode,[1799] mithilfe dessen die einzelnen Dokumente einander zugeordnet werden können. Ein *certificate of registration* wird weiterhin ausgestellt;[1800] seine Bedeutung ist nunmehr allerdings deutlich eingeschränkt.[1801]

Das bisher Ausgeführte mag den Eindruck erwecken, dass das englische System die – gerade in Österreich kritisch beurteilte[1802] – **Transparenz des Schuldnerunternehmens** gleichsam auf den Gipfel treibt: Jedermann kann, egal aus welchem Motiv, unter minimalem Aufwand und ohne Kosten sämtliche Informationen über bestellte Sicherheiten einschließlich des vollständigen Pfandbestellungsvertrags per Internet abrufen. Das trifft zwar grundsätzlich zu und stellt im Übrigen auch keinen wirklichen Paradigmenwechsel durch die Reform 2013 dar: Zuvor wurden im – ebenfalls völlig frei zugänglichen – Register zwar nur die *particulars* aufgenommen, jede Gesellschaft war allerdings schon immer dazu verpflichtet, sämtliche für die Registrierung erforderlichen Dokumente, also auch den Pfandbestellungsvertrag, selbst zur öffentlichen Einsichtnahme bereitzuhalten.[1803] Insofern stellt die Aufnahme der Pfandbestellungsurkunde in das Zentralregister lediglich eine Vereinfachung dar. Ein genauerer Blick zeigt allerdings, dass das englische Recht in einigen Punkten, was die Preisgabe sensibler Informationen betrifft, durchaus hinter anderen Rechtsordnungen zurücksteht.

Zunächst legt section 859G(1) Companies Act 2006 idF 2013 fest, dass die vorzulegenden Pfandbestellungsurkunden hinsichtlich einer natürlichen Person nicht mehr an persönlicher Information angeben müssen als deren Namen. Auch müssen die Dokumente keine Nummer oder sonstiges Identifikationsmerkmal eines

1798 Hierzu *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 86 f (Rn 2–24). Im Vergleich zur alten Rechtslage (FN 1796: *conclusive evidence)* trägt der Abfrager nach wie vor das Risiko der Unrichtigkeit von Angaben in den *particulars,* die Überprüfung hat er nun allerdings selbst in der Hand.

1799 Section 859I(2)(a) Companies Act 2006 idF 2013.

1800 Section 859I(3) Companies Act 2006 idF 2013. Das Zertifikat muss lediglich Daten der Sicherungsgeber-Gesellschaft und den einmaligen Referenzcode enthalten (section 859I(4)).

1801 *»Conclusive evidence«* erzeugt es nur mehr darüber, dass die für die Registrierung erforderlichen Dokumente rechtzeitig übermittelt wurden (section 859I(6) Companies Act 2006 idF 2013). Vgl demgegenüber FN 1796 zur Rechtslage vor der Reform 2013.

1802 Siehe die nähere Diskussion unten V.D.2.c.(ii.)(α) und V.D.2.c.(iii.) (Stichwort des »gläsernen Unternehmens«).

1803 Sections 875–877 Companies Act 2006 aF (die Vorgängergesetze enthielten im Wesentlichen ähnliche Regelungen). Nach diesen Bestimmungen war jede Gesellschaft auch zur Führung eines eigenen *register of charges* verpflichtet (section 876 aF). Die Verpflichtung, Pfandbestellungsverträge und *particulars* zur Einsicht für jedermann bereitzuhalten, wurde in ähnlicher Form auch ins neue Recht übernommen (sections 859P, 859Q Companies Act 2006 idF 2013). Gläubiger und Mitglieder der Gesellschaft können unentgeltlich Einsicht nehmen, andere Personen gegen eine festgelegte Gebühr (section 859Q(4) nF). Die Registerführungspflicht ist allerdings fallengelassen worden (auch wenn die Überschrift vor sections 859P, 859Q nF noch von *»Companies' records and registers«* lautet).

Bank- oder Wertpapierkontos und keine Unterschrift enthalten[1804] (die Pfandbestellungsurkunde ist stets als *certified copy* zu übermitteln[1805]). Wesentlich sind im vorliegenden Zusammenhang allerdings eher die Vorschriften über die *prescribed particulars* in Verbindung mit dem Fehlen jeglicher Vorschriften über notwendige Inhalte der Pfandbestellungsurkunde selbst. Die *particulars* müssen in jedem Fall folgende Angaben enthalten:[1806]

1. als Angaben zum **Sicherungsgeber** den registrierten Namen und die Registrierungsnummer der Gesellschaft; und
2. das **Datum der *creation*** der *charge* oder *mortgage* (also idR das Datum des Abschlusses des Sicherungsvertrags).

Mithilfe der zweitgenannten Angabe ist der für die Prioritätswirkung im Regelfall ausschlaggebende Aspekt letztlich auch aus dem Register ersichtlich. Die weiteren Pflichtangaben hängen davon ab, ob die Begründung des Sicherungsrechts durch eine Urkunde *(instrument of charge)* erfolgt bzw nachgewiesen ist oder nicht. Im praktischen Regelfall, dass eine solche Urkunde existiert – und daher nach dem oben Gesagten ebenfalls registriert wird – müssen die *particulars* zusätzlich angeben:[1807]

3. den **Namen** des oder der **gesicherten Gläubiger(s);**[1808]
4. ob nach der Urkunde eine ***floating charge*** errichtet wird und wenn ja, ob sie das **gesamte Gesellschaftsvermögen** *(all the property and undertaking)* erfasst;
5. ob die Vereinbarung der Gesellschaft verbietet oder diese darin beschränkt, weitere gleich- oder vorrangige Sicherungsrechte zu begründen ***(negative pledge clause);***
6. ob das Sicherungsrecht (sofern es sich nicht um eine *floating charge* handelt) ein im Vereinigten Königreich registriertes oder registrierungspflichtiges **Grundstück, Schiff, Luftfahrzeug oder geistiges Eigentumsrecht** umfasst und bejahendenfalls eine **kurze Beschreibung**; und
7. **ob** die Urkunde ein Sicherungsrecht (bei dem es sich nicht um eine *floating charge* handelt) über irgendwelche, nicht bereits nach dem vorstehenden Ab-

1804 Damit sollen offensichtlich Missbrauchsversuche, die mit der Pfandbestellung in keinem Zusammenhang stehen, nicht unnötig erleichtert werden. Enthält das Originaldokument derartige Angaben, können sie in der an Companies House übermittelten Kopie entfernt werden.

1805 Vgl insbesondere section 859A(3) Companies Act 2006 idF 2013. Gemeint ist ein zertifiziertes pdf-Dokument. Alternativ kann die Urkunde der Registerstelle auch in Papierform übermittelt werden.

1806 Section 859D(1)(a) und (b) Companies Act 2006 idF 2013.

1807 Section 859D(1)(c) iVm Abs (2) Companies Act 2006 idF 2013.

1808 Vgl im Einzelnen section 859D(2)(a) Companies Act 2006 idF 2013: Anstelle des Namens des Sicherungsnehmers ist jener eines *security agent* oder *trustee* anzugeben, wenn eine solche Person die Interessen des gesicherten Gläubigers wahrnimmt. Maximal sind vier Namen zu nennen, auch wenn das *charge instrument* mehr enthält (worauf in diesem Fall hinzuweisen ist).

satz beschriebene (i) **körperliche Vermögenswerte oder** (ii) **unkörperliche Vermögenswerte** enthält.

Im praktisch wohl wenig bedeutenden Fall, dass keine Urkunde über die Pfandbestellung besteht, gelten abweichende Regeln: Insbesondere haben die *particulars* eine kurze Beschreibung des Sicherungsguts und die gesicherten Forderungen zu umfassen.[1809]

Damit zeigt sich, dass insbesondere die **Angaben über das Sicherungsgut** äußerst reduziert sind. Eine Umschreibung desselben in den registrierten *particulars* ist lediglich – und auch insofern ausdrücklich nur als *»short description«* – hinsichtlich der unter 6. genannten Schiffe, Luftfahrzeuge und geistigen Eigentumsrechte vorgesehen. Bei Bestellung einer *floating charge* erfährt der Interessent aus dem Register immer nur, ob diese das gesamte Gesellschaftsvermögen umfasst oder nicht. Woraus dieses besteht, geht aus den *particulars* auch nicht im Ansatz hervor. Bezieht sich die *floating charge* nicht auf das gesamte Vermögen, wird auch nicht ersichtlich, welche Vermögensbestandteile frei bleiben. Liegt keine *floating charge* vor, erfährt man aus den *particulars* überhaupt nur, ob körperliche und/oder unkörperliche Güter verpfändet werden. Worum es sich konkret handelt, lassen die *particulars* zur Gänze offen. Für Näheres kann der Interessent das zwar ebenfalls im Register abrufbare *instrument of charge* konsultieren. Allerdings werden hierfür an keiner Stelle nähere Anforderungen an den Grad der Individualisierung des Sicherungsguts aufgestellt. Es gelten damit die allgemeinen Grundsätze, wonach das Sicherungsgut anhand der Sicherungsvereinbarung im Verwertungszeitpunkt individualisierbar sein muss, woran keine hohen Maßstäbe angelegt werden.[1810]

Ferner bedarf es nach der Reform 2013 keiner Angabe über den **Haftungsumfang** mehr: Die zuvor bestehende Verpflichtung zur Angabe des *»amount secured«* in den *particulars* (section 869(4)(b) Companies Act 2006 aF) ist entfallen. Diese Bestimmung war in Kritik geraten, da die Angabe *»all monies«* genügte und die Information in diesem Fall materiell unvollständig und de facto wertlos gewesen sei. Bei Nennung einer bestimmten Summe sei die Angabe – im Verhältnis zum materiellen Aushaften der Sicherheit im Abfragezeitpunkt – mit erhöhter Wahrscheinlichkeit nicht mehr korrekt.[1811] Bei der Entscheidung für die Abschaffung dieses Erfordernisses mag die Überlegung mit eine Rolle gespielt haben, dass nach der neuen Rechtslage jedenfalls das vollständige *instrument of charge* im Register verfügbar

1809 Section 859D(1)(d) iVm Abs (3) Companies Act 2006 idF 2013.

1810 Vgl allgemein oben IV.E.1.b. unter 1. mit FN 1702 sowie IV.E.2.a. unter 2. zur *floating charge.* Existiert keine Pfandbestellungsurkunde, genügt generell eine *short description* des Sicherungsguts in den *particulars;* vgl section 859D(3)(d) Companies Act 2006 idF 2013.

1811 Vgl Law Commission Consultation Paper no 164, 68 und 275 (Rn 4.26, A.10 f); *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 823 (Rn 23.28).

ist. Freilich existiert keine Vorschrift, die in irgendeiner Weise Vorgaben über die Nennung eines Haftungshöchstbetrags oder sonstiger **Angaben zur gesicherten Forderung** in der Pfandbestellungsurkunde selbst machen würde.[1812] Lässt sich die Forderung auf andere Weise individualisieren (etwa durch eine Kontobezeichnung, die in der für die Registrierung vorgesehenen Kopie wie gesehen entfallen darf), können sämtliche Angaben über den Umfang des Kredits etc unterbleiben. Erst recht müssen keinerlei Angaben über Zinssätze, Fälligkeitstermine oder sonstige allenfalls als wirtschaftlich sensibel empfundene Daten gemacht werden.

Ein Letztes sei – zumal sich die innere Logik der Registersysteme in den bisher erörterten europäischen Rechtsordnungen, im DCFR und im UCC diesbezüglich mitunter erheblich unterscheidet – hervorgehoben: Das englische System operiert, wie andere auch,[1813] traditionell mit einem zweistufigen Informationsmodell. Die erste Stufe repräsentieren die allgemein über das Register zugänglichen *prescribed particulars,* deren nach dem Gesetz notwendiger Informationsgehalt wie erörtert ein beschränkter ist. Als zweite Stufe fungiert das *instrument of charge.* Es soll, so offensichtlich der dem System zugrundeliegende Ansatz, allfälligen weitergehenden Informationsbedarf befriedigen. Dass das *instrument of charge* diese Funktion nicht notwendig besonders effizient erfüllen muss, hat sich im vorstehenden Absatz gezeigt. Entscheidend sind Umfang und Detailliertheit der Angaben im Pfandbestellungsvertrag im Einzelnen. Theoretisch hat es der Sicherungsgeber bei der Gestaltung der Urkunde somit einigermaßen in der Hand, den Umfang der allgemein zugänglich gemachten Information, soweit sie für ihn wirtschaftlich sensibel ist, zu steuern (das Einverständnis des Pfandgläubigers natürlich vorausgesetzt). Was den Zugang zu dieser zweiten Informationsstufe betrifft, hat das englische Recht soeben eine erhebliche Entwicklung vollzogen: Ursprünglich führte der Zugang zu dieser typischerweise genaueren Information über den Sicherungsgeber (und damit das potentiell unzuverlässigste Glied in der Kette),[1814] der die Urkunden zur Einsicht durch jedermann bereithalten

---

1812 Anderes gilt nur, wenn keine Urkunde über die Pfandbestellung errichtet wurde: Nach section 859D(3)(e) Companies Act 2006 idF 2013 müssen die *particulars* in diesem Fall die *»obligations secured by the charge«* anführen. Näher spezifiziert wird diese Voraussetzung freilich nicht.

1813 So nach dem neuen Registerpfandrechtsmodell in Frankreich (IV.C.2.e.), nach dem DCFR (vgl insbesondere IX.–3:319 f DCFR und hierzu einführend V.A.2.d.) und Article 9 UCC (siehe insbesondere § 9-210 UCC).

1814 Da er dem moralischen Risiko ausgesetzt sein kann, gegenüber einem späteren Kreditgeber seine Kreditwürdigkeit günstiger darzustellen, als sie in Wirklichkeit ist. Dieses Risiko wird nach dem englischen System allerdings mutmaßlich geringer sein als unter einem *notice filing*-System, da hier die tatsächlich erfolgte Begründung des Sicherungsrechts aufgrund der an die Registerstelle übermittelten Bestellungsurkunde ja mehr als wahrscheinlich ist. Jedenfalls weiß der Nachforschungen anstellende Interessent, dass es eine Bestellungsurkunde gegeben hat. Im *notice filing*-System hingegen könnte es zum tatsächlichen Entstehen einer registrierten Sicherheit durchaus nie gekommen sein. Eine Behauptung des mutmaßlichen Sicherungsgebers, zum definitiven Abschluss einer Sicherungsvereinbarung sei es trotz Registrierung nie

muss. Diese Bereitstellungsfunktion übernimmt nun im Wesentlichen das Register selbst. Einem aber fällt nach altem wie nach neuem Recht – anders als etwa nach dem DCFR und dem UCC – die Funktion der Auskunftsquelle nie zu: dem gesicherten Gläubiger. Entsprechend scheint in den *particulars* zu seiner Identifizierung auch nur der Name auf. Der Angabe von Kontaktdaten bedarf es nicht, da Auskünfte ohnehin von anderer Stelle bezogen werden.

d. Kenntnis durch Registrierung?

Eine weitere praktisch äußerst wichtige Frage stellt sich als Konsequenz der erfolgten Registrierung eines Sicherungsrechts: Wie wirkt sich dieser Umstand auf die Rechtsposition konkurrierender Dritter aus? Es handelt sich hier um einen Fragenbereich, der im englischen Recht nach wie vor erhebliche Unklarheiten birgt. Es kann im Folgenden nicht um eine ausführliche Aufarbeitung dieses Problembereichs gehen. Vielmehr sollen einige zentrale Fragestellungen festgehalten werden, deren Klärung potentiell auch unter anderen Registersystemen und daher auch bei Überlegungen zur Fortentwicklungen des österreichischen Rechts zu bedenken ist.

Für das englische Recht stellt sich die Frage als solche der Priorität; nicht weil die Registrierung rangbestimmend wäre, sondern weil die primäre Prioritätsregel *(nemo dat* bzw *prior tempore)* unter dem Vorbehalt des nachträglichen Gutglaubenserwerbs – des besseren Rangs einer Sicherheit oder des unbelasteten Eigentums – durch einen konkurrierenden Dritten steht. Und insoweit kann sich aus der erfolgten Registrierung des früheren Rechts die Schlechtgläubigkeit des späteren Prätendenten ergeben.[1815] Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass positive Kenntnis *(actual knowledge)* des Späteren dessen Schlechtgläubigkeit hinsichtlich jener Umstände begründet, auf die sich seine Kenntnis bezieht. Schwierigkeiten bereitet allerdings die weitere Frage, inwieweit die Registrierung darüber hinaus die Schlechtgläubigkeit des Dritten, namentlich durch ***constructive notice*** (in etwa: Kennenmüssen), nach sich zieht.

Diese Frage stellt sich in zweifacher Form: **Wer** muss sich aufgrund der Registrierung *constructive notice* zurechnen lassen und **worüber**? Zum ersten Aspekt geht eine Auffassung dahin, *constructive notice* generell bei sämtlichen Dritten anzunehmen.[1816] Immerhin steht die Einsicht in das Register ja auch jedermann offen und ist die fragliche Information dort ausgewiesen. Eine (mit verschiedenen

gekommen, erscheint damit im Ansatz plausibler. Insoweit mag sich ein unredlicher Schuldner auch eher zu unwahren Angaben verleitet sehen.

1815 Vgl insoweit bereits oben IV.E.1.b. unter 2.

1816 Vertreten von *Gough,* Company Charges[2] Kapitel 32 (bei Abfassung der Arbeit nicht zugänglich), zitiert nach *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 488 f (Rn 12.05 f).

Unterschieden im Einzelnen vertretene) Gegenposition sieht hingegen *constructive notice* nur bei jenen als gegeben an, von denen eine Registerrecherche vernünftigerweise erwartet werden kann. Das sei jedenfalls bei einem Dritten der Fall, der selbst eine registrierungspflichtige Sicherheit an belasteten Vermögenswerten erwerben will. Insoweit besteht also im Wesentlichen Übereinstimmung. Von Käufern beweglicher Sachen im ordentlichen Geschäftsbetrieb soll dagegen nach dieser zweiten Auffassung keine Registerabfrage verlangt werden. Es wäre schlicht unpraktisch und unrealistisch, vor jedem Sacherwerb umfangreiche Registerrecherchen durchzuführen. Insoweit stimmen zumindest die Vertreter der genannten Gegenposition überein. Darüber hinaus besteht allerdings erhebliche Unklarheit, etwa was die Behandlung des Erwerbers einer nichtregistrierbaren Sicherheit (zB *pledge, lien)* oder eines Zedenten im Rahmen der Forderungsfinanzierung betrifft.[1817]

Zum zweiten Aspekt, der Frage, worauf sich die *constructive notice* – sofern eine Person nach dem oben Gesagten ihr überhaupt unterworfen werden kann – beziehe, scheint ein Ausgangspunkt ebenfalls weitgehend konsentiert: *Constructive notice* ist anzunehmen in Bezug auf die Existenz des Sicherungsrechts dem Grunde nach sowie hinsichtlich jener *particulars,* deren Angabe gesetzlich vorgeschrieben ist.[1818] Ebenso klar war im Ansatz, dass nach der Rechtslage vor der Reform von 2013 keine *constructive notice* von (sonstigen, nicht auch in den *particulars* aufscheinenden) Inhalten des Pfandbestellungsdokuments selbst bestehe, obgleich die Nachforschung beim Sicherungsgeber stets offenstand.[1819] Nach der neuen Rechtslage ist das *instrument of charge* freilich selbst im Register abrufbar. Auf dieser Grundlage wird nunmehr davon ausgegangen, dass jedem, der eine Registerrecherche durchführt, *actual notice* von den in der registrierten Urkunde enthaltenen Inhalten zukommt und bei jenen Personen, von denen eine Registerabfrage zu erwarten wäre, *constructive notice* in Bezug auf sämtliche Inhalte des *instrument of charge* anzunehmen ist.[1820]

1817 Vgl die umfassende Diskussion dieses Fragenkreises bei *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 488 ff (Rn 12.04 ff) mwN; ferner *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security⁶ 90 f (Rn 2–31); ähnlich auch *McCormack,* Secured Credit 106 f.

1818 Vgl *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security⁶ 88 ff (Rn 2–26 ff), zumindest in Bezug auf die alte Rechtslage; *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 493 f (Rn 12.15 f). Hauptdiskussionspunkt nach der alten Rechtslage war die Beurteilung der Registrierung von *negative pledge clauses,* die in der Praxis regelmäßig in die *particulars* aufgenommen wurden, obwohl keine gesetzliche Verpflichtung hierzu bestand.

1819 Siehe *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security⁶ 88 (Rn 2–26), auch mit dem Hinweis auf den praktisch geringen Effekt dieses Grundsatzes auf die Position eines *fixed chargee* (wo im Gegensatz zur *floating charge* ja keine Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers besteht).

1820 *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security³ 493 f (Rn 12.16). Zweifel noch bei *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security⁶ 89 (Rn 2–29), die ein hypothetisch denkbares gegenteiliges Ergebnis allerdings selbst als in hohem Maße unglücklich bezeichnet.

4. Resümee und Reformtendenzen

Aus dieser – auszugsweisen – Erörterung des englischen Rechts lassen sich insbesondere die folgenden übergeordneten Gesichtspunkte für die weitere Diskussion festhalten: Wie auch in anderen Rechtsordnungen erweist sich die grundsätzliche Verschiedenbehandlung von (funktional als solche anzusehenden) Sicherungsinstrumenten aufgrund formaler Unterschiede als suboptimal. Dementsprechend wird die Scheidung zwischen *security rights* im technischen Sinne und *quasi-securities* von vielen als reformbedürftig empfunden.[1821] Der Blick auf die Entwicklung der *floating charge* liefert ein deutliches und frühes Zeugnis für das auch sonst nicht zu übersehende Bedürfnis von Kreditnehmer und Kreditgeber nach einer umfassenden Form der Sicherung unter Einschluss revolvierender Vermögenswerte, ohne dabei den Geschäftsbetrieb des Schuldners zu paralysieren. Zu notieren ist in diesem Zusammenhang auch das entspannte Verhältnis dieses Sicherungstyps zu Fragen der Spezialität und Bestimmtheit. Umgekehrt liefert das englische Recht am Beispiel der *floating charge* quasi ein Lehrstück zur – ebenfalls früh sich aufdrängenden – Erkenntnis, wie nachteilig sich die umfassende Sicherheit des einen auf die Lage der anderen, namentlich der ungesicherten Gläubiger auswirkt: Das Schuldnervermögen wird im Krisenfall typischerweise vom Bestgesicherten vollständig aufgesaugt. Diesbezüglich bietet das englische Recht letztlich auch eine breite Palette an möglichen Gegenmaßnahmen. Insbesondere das *carve out*-Modell wird für die weitere Diskussion vorzumerken sein; ebenso der allfällige Rückgriff auf durch *floating charge* belastetes Vermögen zur Deckung der Insolvenzverfahrenskosten.[1822] Gleiches gilt – wie bei den zuvor behandelten Rechtsordnungen – für das Registermodell des Companies Act 2006 in der Fassung der 2013 erfolgten Reform. Gekennzeichnet ist es besonders durch den völlig freien Zugang jedes interessierten Dritten zu grundsätzlich sehr umfassenden Informationen in Form des online abrufbaren Pfandbestellungsvertrags selbst.[1823]

Ein Zweites scheint für jegliche Reformdiskussion in Europa bemerkenswert: Die mehrfach angeklungenen, in der englischen Rechtswissenschaft vorgebrachten Kritikpunkte am gegenwärtigen Rechtszustand münden in jüngerer Zeit wiederholt in die Forderung nach einer radikalen Reform des englischen Mobiliarsicherungsrechts. Die Eckpunkte entsprechen jenen, wie sie am Beispiel vor allem des DCFR weiter unten auch für Österreich diskutiert werden sollen: Einführung eines *functional approach* zur grundsätzlichen Gleichbehandlung funktional einander entsprechender Sicherungsinstrumente sowie eines *notice filing*-Systems

1821 Vgl oben IV.E.1.a.
1822 Zu diesen Fragen siehe die Ausführungen in Kapitel IV.E.2.
1823 Siehe IV.E.3., insbesondere IV.E.3.c.

mit klarer Ordnung der Rangfolge nach dem Eintragungszeitpunkt im Register.[1824] Zwar hat die englische Law Commission die in ihren Konsultationspapieren von 2002 und 2004 unterbreiteten Vorschläge einer radikalen Reform mangels hinreichender Unterstützung in ihrem Abschlussbericht 2005[1825] weitgehend zurückgenommen. Die Gründe für dieses vorläufige Scheitern sind wohl vielfältig. Unsicherheiten hinsichtlich der erforderlichen Umstellungskosten und unglücklich kurze Konsultationsfristen, die wiederum mit dem Fehlen hinreichend starken politischen Willens zusammenhängen werden, einem solchen Projekt ausreichend Zeit und Ressourcen einzuräumen, haben gewiss eine Rolle gespielt. Als Hauptgrund wird freilich regelmäßig das Beharrungsvermögen jener beteiligten Wirtschaftskreise angesehen, die sich politisch am effektivsten Gehör verschaffen können: Große institutionelle Kreditgeber genießen, entsprechende Vertragsgestaltung vorausgesetzt, nach dem bestehenden System nach wie vor eine insgesamt recht günstige rechtliche Position. Diese zu gefährden, wird naturgemäß kaum Anlass gesehen. Auch die Rechtsberatung lebt gut mit (und von) dem überkommenen, diffizil verästelten und doch in großem Umfang vertraglich formbaren System. Eine radikale Reform droht Wissen zu entwerten, jede Vereinfachung könnte Einnahmequellen langfristig gefährden.[1826] Doch ist gerade in jüngerer Zeit eine neue Reformdiskussion in Gang zu kommen. Eine unter Beteiligung von Rechtswissenschaftlern, Richtern, Anwälten und Vertretern der betroffenen Wirtschaftskreise entstandene Initiative (»Secured Transactions Law Reform Project«)

1824 Aus der Feder der englischen Law Commission insbesondere die Consultation Papers no 164 (2002) und 176 (2004). Aus dem Schrifttum jüngst umfassend *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 845 ff (Rn 23.91 ff) mwN; davor etwa *McCormack,* Secured Credit under English and American Law (2004); mit teilweiser Kritik *ders,* (2005) 68 MLR 286. Eingehende Aufarbeitung der Beiträge zum Reformprozess bei *de Lacy* in *de Lacy,* Reform 3 (43 ff); aus dem deutschsprachigen Schrifttum *Lenhard,* Die Vorschläge zur Reform des englischen Mobiliarkreditsicherungsrechts (2010). Auch die aktuell tätige Arbeitsgruppe »Secured Transactions Law Reform Project« sieht sich einer intensiven neuerlichen Prüfung dieses Ansatzes verpflichtet; siehe <http://securedtransactionslawreformproject.org/>. – Deutlich zurückhaltender demgegenüber ein Diskussionspapier der – zuvor als einer der Hauptgegner der Reformpläne der Law Commission aufgetretenen – *City of London Law Society,* Discussion Paper: Secured Transactions Reform (2012). Dort wird etwa ein *notice filing*-System als Alternative zum 2013 modifizierten Registersystem abgelehnt und ein »einheitliches Sicherungsrecht« im Sinne eines *functional approach* nur als Ersatz der vier »echten« Sicherungsrechte des englischen Rechts erwogen, ohne Ausdehnung auf *quasi-securities.* Siehe <https://www.citysolicitors.org.uk/storage/2013/09/20121120-Secured-Transactions-Reform-discussion-paper.pdf>. Überblick hierzu bei *A. Steven,* Secured Transactions Reform, (2013) 17 EdinLR 251. Gegen tiefgreifende Reformen ferner zB *Calnan,* What is wrong with the law of security? in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 162.

1825 LAW COM no 296, Company Security Interests (2005).

1826 Ausführliche Diskussion der Ursachen für die Erfolglosigkeit bisheriger Reforminitiativen bei *Lenhard,* Vorschläge zur Reform 290 ff mwN. Vgl ferner *McCormack,* Pressured by the paradigm – The Law Commission and company security interests, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 83 (insb 94 ff).

hat es sich zum Ziel gesetzt, ausgehend vom bereits sehr detaillierten Entwurf der Law Commission aus 2004 und unter Berücksichtigung ausländischer Reformerfahrungen einen nochmaligen Anlauf zur Erneuerung des englischen Mobiliarsicherungsrechts zu unternehmen.[1827] Bislang konnten allerdings nur Teilerfolge verbucht werden.[1828]

Ergänzend sei erwähnt, dass auch die Schottische Law Commission Reformvorschläge für diesen Rechtsbereich ausgearbeitet hat. Erwogen wurde ursprünglich auch dort eine – allenfalls teilweise – Übernahme von Konzepten aus Article 9 UCC, Buch IX DCFR bzw den Personal Property Securities Acts (PPSAs) der kanadischen Provinzen und Neuseelands.[1829] Die im Dezember 2017 in einem umfangreichen dreiteiligen Report[1830] veröffentlichten Vorschläge weichen von diesen potentiellen Vorbildern dann allerdings teilweise deutlich ab und orientieren sich stärker an der gewachsenen schottischen Rechtstradition. Politische Reaktionen aus den Jahren 2019 und 2020 lassen darauf schließen, dass dieses Reformprojekt trotz Unterstützung in Wirtschaftskreisen nicht mit höchster Priorität weiterverfolgt wird.[1831] Für die Insel Jersey wurde hingegen bereits ein PPSA-orientiertes Gesetz für Sicherungsrechte an unkörperlichen Vermögenswerten erlassen; für Sicherungsrechte an beweglichen körperlichen Sachen wurde ein Konsultationsprozess eingeleitet, der allerdings bis dato in kein konkretes Reformprojekt gemündet ist.[1832]

1827 Vgl das bereits mehrfach erwähnte Positionspapier: *Secured Transactions Law Reform Project,* Secured Transaction Law: The Case for Reform 4 ff (oben FN 1751), das im April 2016 veröffentlichte Draft Policy Paper (abrufbar unter <https://securedtransactionslawreformproject.org/draft-policy-paper/>) sowie die weiteren Informationen und Positionspapiere für Teilbereiche auf <http://securedtransactionslawreformproject.org/>. Bei dem im Text angesprochenen Vorschlag der Law Commission handelt es sich um: Law Commission Consultation Paper no 176: Company Security Interests – A consultative report (2004).

1828 Praktisch wichtig sind die Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2018, die in einem weiten Anwendungsbereich vertraglichen Abtretungsverboten jegliche Wirkung versagen.

1829 Konsultationsprozess eingeleitet durch: Scottish Law Commission, Discussion Paper on Moveable Transactions (Discussion Paper no 151) vom Juni 2011. Siehe dort insbesondere 107 ff (chapter 13). Einige Reflexionen finden sich bei *A. Steven,* (2013) 17 EdinLR 251.

1830 SCOT LAW COM No 249: Report on Movable Transactions – Volume 1: Assignation of Claims; Volume 2: Security over Moveable Property; Volume 3: Draft Bill (2017). Eine Kurzzusammenfassung wesentlicher Unterschiede gegenüber dem Article 9 UCC/PPSA-Modell findet sich in Volume 2, 5 f (Rn 16.33).

1831 Siehe die Antworten von Minister *Denham* vom 4. 2. 2019 und des mit weiteren Konsultationen betrauten Parlamentskomitees vom 29. 7. 2020 auf der Projektwebsite der Schottischen Law Commission <https://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform/law-reform-projects/completed-projects/security-over-corporeal-and-incorporeal-moveable-property/>.

1832 Siehe das Security Interests (Jersey) Law 2012 für die Besicherung mittels unkörperlicher Sachen (in Kraft seit 2. 1. 2014) bzw das White Paper: The Reform of Jersey Law Relating to Security Interest in Movable Property – Stage 2: Extension to tangible movables (2011).

F. Erste allgemeine Schlussfolgerungen

Im Folgenden lassen sich aus dem bisher Ausgeführten einige allgemeine Schlussfolgerungen ziehen, die Grundlagen für die weitere Diskussion künftiger Entwicklungsoptionen des österreichischen Mobiliarsicherungsrechts liefern können. Es geht mir vorerst um Schlussfolgerungen auf einer eher allgemeinen Ebene; Details werden durchwegs erst im Rahmen der näheren Diskussion im nachfolgenden Kapitel V aufgegriffen.

1. Folgerungen aus Tendenzen in der europäischen Rechtsentwicklung

a. Grundlegende Aspekte

1. Stellt man die in Kapitel IV erörterten europäischen Rechtsordnungen dem österreichischen Recht gegenüber, bestätigt sich zunächst ein bereits sattsam bekannter Befund nochmals mit aller Deutlichkeit: Die **Kreditbesicherung durch Fahrnis** – und zwar die Sicherung jeglicher Art von Forderung durch jegliche Art beweglicher körperlicher Sachen – ist inzwischen in allen Vergleichsrechtsordnungen in einer Weise möglich, dass der Sicherungsgeber den Besitz und die Nutzung des Sicherungsguts behalten kann. Allein Österreich bleibt in diesem Punkt zurück: Die operative Nutzung von Sicherungsgut ist lediglich im Rahmen des § 452 ABGB zulässig; und die gängige Auslegung dieser Norm ist derart eng bzw in Randbereichen unsicher, dass viele Gütertypen wie Kraftfahrzeuge, Schienen- und Luftfahrzeuge, EDV-Anlagen etc als Kreditgrundlage faktisch ausscheiden. Wo die Anwendbarkeit der Norm im Grundsatz gesichert ist, erweisen sich die von der Rechtsprechung herausgebildeten Publizitätsanforderungen als praktisch kaum umsetzbar; die Tendenz geht zudem in Richtung Verschärfung.[1833]

Hier besteht ohne Frage akuter Aufholbedarf für das österreichische Recht, und zwar im Interesse von Kreditnehmern wie von Kreditgebern, nicht zuletzt um im internationalen Vergleich bestehende Wettbewerbsnachteile wettzumachen.

2. In allen behandelten Rechtsordnungen besteht zumindest in bestimmten Bereichen relativ weitgehende **Gestaltungsfreiheit der Parteien**; in Österreich etwa bei der Sicherungszession. Wo diese Freiheit existiert, wird sie auch ausgenützt, und zwar regelmäßig zugunsten einer weitestmöglichen Sicherung des Gläubigers. Paradigmatische Beispiele sind die Ausweitungen insbesondere des Eigentumsvorbehalts im deutschen Recht, die *floating charge* und die erheblich verbreiteten *quasi-securities* im englischen Recht und jüngst die Praxis der Sammelverpfändung

1833 Vgl die ausführliche Analyse oben III.A.2. Praktisch bedeutsame Ausnahmen sind sehr schwere und sperrige Maschinen.

von zunächst »zukünftigen« Forderungen im niederländischen Recht.[1834] Gerade das zuletzt genannte Beispiel illustriert deutlich, dass die Kreditsicherungspraxis namentlich der Banken allfällige (durch Gesetz oder Rechtsprechung) eingezogene Beschränkungen nach Möglichkeit auszureizen versucht und im Ergebnis zum Teil auch zu paralysieren vermag.

Eine Bewertung solcher Tendenzen weitgehender Ausnützung von Gestaltungsspielräumen kann nicht pauschal erfolgen. Die Vertragsgestaltung dient, auch wenn sie im Ergebnis stets nur zugunsten des Gläubigers erfolgen sollte, durchaus verschiedenen Interessen: Zum Teil geht es lediglich darum, den ursprünglichen Wert einer Sicherheit zu erhalten (zB bei der Verarbeitungsklausel zur Begründung eines Miteigentumsanteils im Ausmaß des gelieferten Materialwerts); ein andermal darum, der Anwendung zwingender Rechtsvorschriften auszuweichen (zB bei der Vereinbarung einer registrierungsfreien *quasi-security* anstelle eines registrierungspflichtigen Sicherungsrechts; bei der Begründung von Sicherungseigentum anstelle eines Faustpfands); dann wieder um ein möglichst weitgehendes Ausdehnen der Sicherung auf weitere gesicherte Forderungen (insbesondere durch Sicherung auch zukünftiger Forderungen) oder auf weiteres Sicherungsgut (wiederum namentlich auf zukünftige Vermögenswerte) bis hin zur Globalhaftung. Mit sämtlichen derartigen Bestrebungen wird man auch nach einer allfälligen Reform des Mobiliarsicherungsrechts zu rechnen haben. Ob und allenfalls in welchem Ausmaß dem Gestaltungsdrang Grenzen zu setzen sind, wird man für die einzelnen Bereiche getrennt und unter Bedachtnahme auf Erfahrungen aus den bisherigen Entwicklungen zu entscheiden haben.[1835]

3. Besonders im Bereich der zuletzt angesprochenen **Globalhaftungen** zeigt sich in vielen Rechtsordnungen eine Tendenz zur zunehmenden Liberalisierung zumindest einzelner rechtlicher Rahmenbedingungen: Die Anforderungen an die »Bestimmbarkeit« zukünftiger zu sichernder Forderungen werden nun oft recht niedrig angesetzt.[1836] Ähnliches gilt verbreitet in Bezug auf Anforderungen an das Spezialitätsprinzip bzw den Bestimmtheitsgrundsatz zur Identifizierung

---

1834 Zu diesen Beispielen oben IV.A.3. (Deutschland), IV.E.1.a. bzw IV.E.2.a. (England) und IV.B.3.b.(i.)(β) (Niederlande).

1835 Zusammenfassend sogleich Abschnitte 3. und 4. (zur globalen Belastung weiter Vermögensteile), Abschnitt 5. (zur Sicherung der Bestandsfestigkeit von Sicherungsrechten) und IV.F.1.b. insbesondere unter 1. (zum »Ausweichen« vor zwingenden Publizitätsanforderungen durch Rechtsformwahl).

1836 Vgl IV.C.4.a. zum französischen Pfandrecht nach der Reform 2006 (den Parteien steht frei, auf welche Weise sie die Identifizierung sicherstellen wollen); IV.B.3.a. unter 2. zum niederländischen Pfandrecht (generische Umschreibung genügt) und IV.3.c. zur offensichtlich verbreiteten Sicherung von *»all monies«* bei der englischen *floating charge.* Auch in Österreich mehren sich Stimmen für eine eher liberale Handhabung des Bestimmbarkeitserfordernisses, vgl III.A.3.b.

des Sicherungsguts, zumal für zukünftige Vermögenswerte.[1837] Zum Teil bestehen überhaupt Unternehmenshypotheken.[1838] In anderen Rechtsordnungen ist die Globalsicherung jedenfalls für jene Vermögenswerte, die sich mit jeweils einem einheitlichen Bestellungsakt belasten lassen (zB alle Forderungen; alle Warenbestände), ohne weiteres möglich und derart gebräuchlich, dass man zumindest von »sektoralen« Generalhypotheken sprechen kann.[1839] Das gewissermaßen maximale Sicherungsbedürfnis vor allem von Großkreditgebern erscheint modernen Rechtsordnungen somit allem Anschein nach nicht grundsätzlich illegitim. Dies erfordert aber wohl eine **Neubewertung der** in der Kodifikationszeit so einmütig vertretenen Ablehnung der **Generalhypothek**. Tatsächlich scheinen die historischen Gründe für diese Aversion heute überholt: Das römisch-gemeinrechtliche Pfandwesen war aus einem Zusammenwirken verschiedener Ursachen inoperabel geworden, nämlich im Wesentlichen aufgrund der Zulässigkeit gänzlich publizitätsloser Pfandrechte an Fahrnis (der Mobiliarhypothek), der dadurch erst ermöglichten Generalverpfändung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens sowie der zunehmenden Verbreitung gesetzlicher Pfandrechte – darunter insbesondere wieder Generalpfandrechte – und Rangprivilegien. Eine verlässliche Prioritätsermittlung wurde dadurch im Ergebnis erschwert, zusätzlich verschärft durch offenbar häufige Missbrauchsversuche mittels Rückdatierung von Pfandbestellungsurkunden.[1840] Solcherlei Befürchtungen sind heute obsolet: Wie die Beispiele des niederländischen, französischen und belgischen Rechts zeigen, lassen sich Rangverhältnisse durch ein zentrales Register klar ordnen;[1841] das Missbrauchsrisiko durch Urkundenmanipulation wird dadurch im Wesentlichen beseitigt.

Weitere Probleme ergaben sich aus der mangelnden Erkennbarkeit der Belastung für Dritte, sodass spätere Erwerber dinglicher Rechte an pfandverfangenen Sachen stets Gefahr liefen, dem älteren Pfandberechtigten weichen zu müssen und ungesicherten Gläubigern jegliches Haftungssubstrat heimlich entzogen war. Auch insofern hat sich das rechtliche Umfeld verändert: Erwerber dinglicher

---

1837 Vgl zB IV.B.3.a. unter 2. (auch ohne räumliche Eingrenzung beim Fahrnispfand) und IV.B.3.b.(i.)(β) (bezüglich künftiger Forderungen) zum niederländischen Recht; IV.C.4.a. zum Forderungspfand in Frankreich und IV.E.2.a. unter 2. zur englischen *floating charge.* Vgl auch einige der Ansätze unter III.A.2.c.(ii.) unter 2. (Fahrnispfand) und III.C.2.a. (Sicherungszession) zum österreichischen Recht.

1838 Zum französischen Modell, das freilich gerade Waren- und Forderungsbestände nicht umfasst, oben IV.C.2.b.; zum weitergehenden belgischen Pendant bereits vor der Reform von 2014 kurz oben IV.D. Paradigma ist auch hier wieder die *floating charge,* oben IV.E.2.a.

1839 Vgl etwa zur österreichischen Sicherungsglobalzession oben III.C.2.a.

1840 Vgl oben II.A.4.d. (insbesondere unter 3. und 4.) sowie II.B.6.

1841 Dies gilt im Grunde auch für das englische System, obwohl die Registrierung dort nicht unmittelbar prioritätsrelevant ist. Denn immerhin ist die mit Datum versehene Pfandbestellungsurkunde binnen 21 Tagen nach Vertragsschluss zu registrieren (vgl IV.E.1.b. und IV.E.3.b.), was zumindest größere Datumsmanipulationen ausschließt.

Rechte genießen je nach Ausgestaltung in der konkreten Rechtsordnung jedenfalls in Bezug auf Fahrnisvermögen Schutz durch Gutglaubenserwerbsregeln, Registersysteme können für Publizität sorgen und schlussendlich wird zu beachten sein, dass sich auch die Zusammensetzung der handelnden Akteure erheblich verändert hat: Sicherungsrechte mit Globalsicherungscharakter wie Warenlagerverpfändungen, verlängerten Eigentumsvorbehalten, Sicherungsglobalzessionen, *floating charges* und Unternehmenspfandrechte werden von Unternehmen bestellt. Zum Teil werden die angesprochenen potentiellen Probleme schon durch die konkrete Ausgestaltung der Sicherungsrechte vermieden, etwa wenn – wie häufig – der Sicherungsgeber zur lastenfreien Verfügung über Sicherungsgut im ordentlichen Geschäftsbetrieb ermächtigt ist. Auch sonst sind Konflikte in Zusammenhang mit globalen Sicherheiten typischerweise solche des unternehmerischen Verkehrs. Im späten römischen und im gemeinen Recht waren gesetzliche Generalpfandrechte hingegen gerade zur Sicherung familien-, teils auch erbrechtlicher Interessen besonders verbreitet.[1842] Adressat derartiger Belastungen war damit in erheblichem Ausmaß das Vermögen einfacher Bürger, unabhängig davon, ob er geschäftliche Tätigkeiten entfaltet hat oder nicht. Dass die realen Probleme aufgrund dieser Unterschiede nicht gleich gelagert sind, scheint plausibel.

Im 19. Jahrhundert hat man darüber hinaus vor allem in Deutschland versucht, der Generalhypothek auch mit dogmatisch-konstruktiven Argumenten die Existenzberechtigung abzusprechen.[1843] Auch diese müssen sich einer Neubeurteilung stellen, was nicht an dieser Stelle erfolgen soll. Besonders günstig schneiden diese Argumente hierbei allerdings nicht ab.[1844] Jedenfalls in eine neue Bewertung aufzunehmen sind hingegen »neue« Risiken globaler Sicherungsformen, die zur Zeit der Abschaffung der Generalhypothek augenscheinlich noch nicht zur Diskussion standen: so insbesondere die Gefahr einer weitgehenden Aushöhlung von Insolvenzmassen zum Nachteil ungesicherter Gläubiger; mögliche Nachteile aus dem verbreiteten Unterbleiben geordneter Sanierungsverfahren mangels Kostendeckung; allenfalls auch die Gefahr einer wirtschaftlichen »Knebelung« des Schuldners. Diese Fragen sollen in Kapitel V weiterverfolgt werden.

4. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls festzuhalten, dass vor allem in England und Deutschland, somit in jenen beiden Rechtsordnungen, in denen globale Mobiliarsicherheiten traditionell die größte Rolle spielen, erste **Gegentendenzen**

1842 Beispiele oben II.A.4.d. unter 4.

1843 Zusammengefasst oben II.B.2.a. Geltend gemacht wurden unter anderem Verstöße gegen die dem Sachenrecht inhärenten Prinzipien der Spezialität und Publizität sowie ein Überschreiten genuiner Grenzen zwischen persönlicher und dinglicher Haftung.

1844 In Bezug auf den DCFR, der im anschließenden Kapitel V im Mittelpunkt des Interesses stehen wird, lassen sich diese dogmatischen Bedenken relativ rasch abtun. Vgl dazu die einleitenden Ausführungen zu Kapitel V.C.2.b.

gegen eine zu starke Stellung globalgesicherter Gläubiger einsetzen. Erinnert sei an die vielfältigen Beschränkungen der *floating charge* namentlich im Insolvenzrecht und an die nach umfassenden Diskussionen vorerst noch vergleichsweise bescheidenen Kostenbeteiligungen absonderungsberechtigter Gläubiger im deutschen Insolvenzverfahren.[1845] Ebenfalls im Insolvenzrecht ergeben sich Beschränkungen für Unternehmenshypotheken bereits nach dem bisherigen belgischen Recht;[1846] zeitweise haben solche Begrenzungen etwa auch in Schweden gegolten.[1847]

Auch von diesen Reaktionen wird bei Überlegungen zur künftigen Ausrichtung des österreichischen Rechts Notiz zu nehmen sein.

5. Eine weitere allgemeine Beobachtung betrifft das Interesse des gesicherten Gläubigers in Hinblick auf die **Bestandsfestigkeit der Sicherheit** vor allem in jenen Fällen, in denen das ursprünglich belastete Sicherungsgut Veränderungen unterworfen ist. Derlei Veränderungen können gerade Mobiliarsicherheitsobjekte in verschiedenster Weise ausgesetzt sein: Forderungen werden getilgt (dafür entstehen neue); Waren werden verkauft und ersetzt und/oder es tritt eine Forderung und schließlich ein Erlös an deren Stelle; Rohstoffe werden verarbeitet; ein Fahrzeug wird bei einem Unfall beschädigt, der Schaden ist durch eine Versicherungssumme gedeckt, etc. Das Bedürfnis des Gläubigers, den Wert seiner Sicherheit allenfalls entkoppelt von ihrem ursprünglichen Objekt dadurch zu bewahren, dass ein anderes Haftungsobjekt an die Stelle des ersten tritt, wird von den untersuchten Rechtsordnungen grundsätzlich anerkannt, allerdings in unterschiedlicher Form und zum Teil auch mit höchst unterschiedlichem Erfolg. Namentlich im deutschen Recht und diesem folgend im österreichischen, aber etwa auch bei der englischen *floating charge* sind es vertragliche Vereinbarungen, mit denen sich die Gläubiger behelfen müssen, dies mittlerweile routinemäßig tun und in diesem Bestreben judizielle Anerkennung erfahren.[1848] In anderen Rechtsordnungen

1845 Zur *floating charge* IV.E.2.b. (insbesondere: allenfalls Deckung der Kosten des Insolvenzverfahrens, daneben Reservierung eines *prescribed part* für ungesicherte Gläubiger aus dem durch *floating charge* belasteten Vermögen), zum deutschen Recht IV.A.2.a. aE (Beteiligung an Kosten der Absonderung und Verwertung).

1846 Siehe IV.D.1.: Von der Unternehmenshypothek erfasste Warenbestände werden im Fall der Insolvenz oder Einzelzwangsvollstreckung lediglich zu 50 % des Warenwerts zur Befriedigung des gesicherten Gläubigers herangezogen. Nach dem französischen Modell sind Waren- und Forderungsbestände von der Unternehmenshypothek erst gar nicht erfasst (oben IV.C.4.a.).

1847 Näher in englischer Sprache *Lilja,* National Report on the Transfer of Movables in Sweden, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), National Reports on the Transfer of Movables in Europe V (2011) 1 (161 ff): Nach der zwischen 2004 und 2009 geltenden Rechtslage konnte der Gläubiger aufgrund eines Unternehmenspfandrechts *(företagshypotek)* in der Insolvenz des Schuldners nur 55 % jenes Erlöses für sich beanspruchen, der nach Befriedigung vorrangiger Gläubiger noch zur Verfügung stand.

1848 Zum Gläubigerinteresse und den Mitteln seiner Wahrung im deutschen Recht (zB durch Nachschubklauseln bei der Besicherung von Waren- und Forderungsbeständen, Vorausabtretung

trifft das Gesetz selbst zumindest teilweise Vorsorge. So setzt sich in Frankreich ein dingliches Sicherungsrecht unter Einschluss des Eigentumsvorbehalts mittels dinglicher Subrogation an Forderungen aus einer Weiterveräußerung oder auf Auszahlung einer Versicherungssumme fort;[1849] ähnlich in Belgien an allen Forderungen, die an die Stelle der pfandverfangenen Sache treten. Daneben bleibt nach dem neuen belgischen Modell das Sicherungsrecht auch im Fall der Vermengung, Vermischung und Verarbeitung am Ergebnis dieses Prozesses bestehen.[1850] Auch das österreichische Recht kennt in derartigen Konstellationen jedenfalls bei Sicherung durch Eigentum (praktisch also beim Eigentumsvorbehalt) im Ergebnis eine Transformation in eine Sicherung durch Miteigentum am Produkt.[1851] Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich bei der (vertraglichen) Erstreckung in Kaufpreisforderungen oder Verarbeitungsprodukte hingegen in den Niederlanden sowie im englischen Recht.[1852]

Sieht man das Bestandsinteresse des Gläubigers grundsätzlich als legitim an, wird im Rahmen von Reformüberlegungen darauf zu achten sein, dass für möglichst alle relevanten Situationen und unabhängig davon, welche Rechtsform die Sicherheit annimmt, eine adäquate Fortsetzung der ursprünglichen Sicherheit unter Bedachtnahme auf die involvierten Interessen (Gläubiger-, aber auch Drittinteressen) ermöglicht wird.

b. *Rechtsformbezogene Aspekte*

1. Alle untersuchten Rechtsordnungen hatten oder haben sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Wahl unterschiedlicher Rechtsformen erhebliche Unterschiede in den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der gewählten Sicherheiten zu rechtfertigen vermag. Klassisches Beispiel ist die Frage, ob neben dem – aufgrund gesetzlicher Regelung die Übergabe des Sicherungsguts voraussetzenden – **Pfandrecht** eine publizitätslose **Sicherungsübereignung**[1853] zugelassen werden kann. Die Lösungen fallen bekanntlich unterschiedlich aus. Aus den vorstehenden Untersuchungen kann mE aber insoweit eine allgemeine, länderübergreifende Schlussfolgerung gezogen werden, als jedenfalls auf einer **argumentativ-**

von Kaufpreisforderungen, Verarbeitungsklauseln) insbesondere *Drobnig* in Verhandlungen des 51. DJT I 30 f, 39 ff; vgl zuvor etwa auch *H. Westermann* in Verhandlungen des 41. DJT F 7 f, F 25 ff.

1849 Vgl oben IV.C.4.c.

1850 Zu diesen Regelungen IV.D.5.d. bis IV.D.5.f.

1851 Vgl oben III.D.3.c.

1852 Zum niederländischen Recht oben IV.B.4. unter 2. bzw 3.; zum englischen Recht IV.E.1.a. (jeweils zu Verlängerungsformen des Eigentumsvorbehalts).

1853 Zur vergleichbaren Frage beim Eigentumsvorbehalt weiter unten in diesem Kapitel (ab Abschnitt 5.).

dogmatischen Ebene keine befriedigenden Gründe für erhebliche rechtsformabhängige Unterschiede zu finden sind.

Das hat einerseits die in Kapitel II ausführlicher analysierte Diskussion zum deutschen Recht vor Inkrafttreten des BGB ergeben: Letztlich waren wirtschaftliche Notwendigkeiten der ausschlaggebende Faktor für die Anerkennung der publizitätslosen Sicherungsübereignung. Auch nach Inkrafttreten des Gesetzes ist eine tragfähige Begründung vor allem der massiv abweichenden Publizitätsanforderungen nicht nachgeliefert worden. Man konnte sich rasch schon auf eine zumindest gewohnheitsrechtliche Absicherung berufen.[1854] Wirklich stichhaltige Argumente sind auch im österreichischen und niederländischen Recht in jenen früheren Phasen, in denen publizitätslose Sicherungsübereignungen zugelassen waren, soweit ersichtlich nicht hervorgekommen.[1855] Auch das geltende englische Recht schneidet hier nicht viel besser ab: Die sog *quasi-securities* entgehen der Registrierungspflicht; würde man sie als *charge* beurteilen, wären sie mangels Registrierung (nach Ablauf von 21 Tagen ab Begründung) den meisten relevanten Dritten gegenüber unwirksam. Dies wird im englischen Recht verbreitet selbst als problematisch empfunden.[1856] Bemerkenswerterweise hat von allen hier untersuchten Rechtsordnungen für lange Zeit allein das österreichische Recht eine unter dogmatischen Gesichtspunkten stimmige Konsequenz gezogen und die Publizitätsvorschriften des Pfandrechts analog auf die Sicherungsübereignung angewendet. Damit werden beide Sicherungsformen grundsätzlich anerkannt und ein extremes Alles-oder-Nichts-Denken in Bezug auf die Sicherungsübereignung überwunden.[1857] Auch in einigen anderen Fragen erfolgt eine Annäherung an das Pfandrecht unter dem Gesichtspunkt funktionaler Äquivalenz.[1858]

Radikal verfahren hingegen das niederländische Recht ab 1992 sowie zunächst auch das französische und belgische Recht vor den jüngsten Reformen: Das neue niederländische BW versagt sämtlichen fiduziarischen Sicherheiten (unabhängig von ihrer allfälligen Offenkundigkeit) jegliche Wirksamkeit. Ähnliche Ergebnisse zeitigen – mit einigen gesetzlich eigens vorgesehenen Ausnahmen bei der Sicherungszession – das französische Recht vor 2007 und das belgische Recht vor Inkrafttreten des Reformgesetzes von 2013. Die tragenden Gründe, etwa ein vermeintlicher Verstoß gegen das Verbot der Verfallsabrede (woraus auf die Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung schlechthin geschlossen wird), überzeugen

1854 Ausführlich oben II.B.4. zur Entwicklung bis zum BGB und IV.A.2.a. für die nachfolgende Entwicklung.

1855 Siehe oben III.B.1. für Österreich und IV.B.2.a. für die Niederlande (wobei die Erörterung sich auf die frühe Rechtsprechung beschränkt).

1856 Vgl insbesondere IV.E.1.a.

1857 Auch hierzu oben II.B.1., insbesondere unter 5.

1858 Näher oben II.B.2.

für einen derart massiven und auch durch Beachtung pfandrechtlicher Publizitätsstandards nicht korrigierbaren Einschnitt allerdings nicht.[1859]

2. Radikallösungen wie die völlige Unwirksamkeit fiduziarischer Sicherungen im niederländischen Recht werfen zudem handfeste praktische Schwierigkeiten auf. Als paradigmatisches Beispiel kann die niederländische Judikatur zu Sale-and-lease-back-Transaktionen dienen, nach der Details in der Ausgestaltung des Vertrags über die vollkommene (publizitätslose) Wirksamkeit oder vollkommene Unwirksamkeit der – funktional zu Sicherungszwecken vorgenommenen – Übereignung des Leasinggegenstands an den Leasinggeber entscheiden. Das schafft zunächst **Abgrenzungsprobleme** und, angesichts der erheblich abweichenden Rechtsfolgen, Rechtsunsicherheit. Ein befriedigendes Ergebnis wird aber auch dann nicht erreicht, wenn es der Praxis gelingt, sich auf sukzessiv etablierte Abgrenzungskriterien einzustellen. Denn in Hinblick auf die involvierten Interessen verbleiben notgedrungen Verwerfungen auf einer Wertungsebene, besonders zumal die konkret gewählte Lösung des Hoge Raad denjenigen Gläubiger, der sich eine möglichst überschießende Rechtsposition sichert, gegenüber jenem, der sich auf sein Sicherungsinteresse beschränkt, bevorzugt und letzteren leer ausgehen lässt.[1860]

Vergleichbare Probleme können sich überall dort ergeben, wo es darum geht, »neue« – vor allem in ausländischen Rechtsordnungen entwickelte – Sicherungsformen in das bestehende nationale System einzuordnen, wenn dieses nationale System für verschiedene Sicherungsformen erheblich abweichende Voraussetzungen bzw Konsequenzen vorsieht. Das kann verschiedene Finanzierungsleasing-Konstruktionen, Finanztransaktionen mit implizitem Sicherungscharakter und anderes mehr betreffen.

Unsichere Grenzlinien zwischen verschiedenen Sicherungsformen werden freilich auch dort als unbefriedigend empfunden, wo die Konsequenzen nicht unbedingt in einem »Alles-oder-Nichts« bestehen. Verwiesen sei etwa auf die subtile Abgrenzung von *fixed charges* gegenüber der *floating charge,* wenn aufgrund der rechtlichen Nachteile Letzterer versucht wird, den Anwendungsbereich der *fixed charge* nach Möglichkeit auszureizen.[1861]

Schon das bisher Erwähnte könnte es naheliegend erscheinen lassen, im Rahmen von Reformüberlegungen nach Möglichkeit eine Gleichbehandlung der traditionell unterschiedlich konzipierten Sicherungstypen anzustreben. Zumindest, wenn keine gewichtigen Gründe dagegensprechen; wenn also etwa sichergestellt

---

1859 Siehe im Einzelnen IV.B.2.b. (Niederlande); IV.C.3.a. und IV.C.3.b. (Frankreich, mit erheblichen Inkonsequenzen innerhalb verschiedener Arten von Sicherungszession); und die kurzen Hinweise zum vormaligen belgischen Recht unter IV.D.1.

1860 Näher oben IV.B.2.c.

1861 Vgl IV.E.2.a. aE (erhebliche Unsicherheit und entsprechender Rechtsberatungsaufwand).

ist, dass in allen Fällen – sofern und soweit gewünscht – ein adäquates Maß an Publizität gewährleistet werden kann und keine als wesentlich erachteten Vorteile, die nur mit einer bestimmten Rechtsform erreicht werden können, verloren gehen.

3. Dies führt zur Frage, ob solche **Vorteile**, die eine Sicherung durch Vollrechtsübertragung neben der Pfandbestellung quasi unverzichtbar machen würde, denn ersichtlich sind; sowie umgekehrt, wo allfällige **Nachteile** bzw Risiken der Vollrechtssicherung im Vergleich zum Pfandrecht liegen. Der historisch zentrale Aspekt, nämlich durch Ausweichen auf die gesetzlich nicht geregelte Sicherungsübereignung eine Möglichkeit zu schaffen, das Sicherungsgut weiter operativ nutzen zu können, kann für Überlegungen de lege ferenda aus österreichischer Perspektive nunmehr wohl beiseite stehen. Denn geht man davon aus, dass durch Registerlösungen – wie zahlreiche Beispiele zeigen – Publizität auch ohne Besitzübertragung in verschiedensten Intensitätsgraden erzielt werden kann, besteht insoweit kein Bedarf mehr an einer Differenzierung nach Rechtsformen. Entsprechendes gilt bei der Besicherung durch Forderungsrechte (die in Österreich unter Publizitätsaspekten aber ohnehin stets deutlich weniger problematisch gewesen ist).

Das entwicklungsgeschichtlich nächste große Thema beim Sicherungseigentum hat mit seiner Wirkung in der Einzelzwangsvollstreckung zu tun: Der vergleichende Blick auf die frühe Praxis der Sicherungsübereignung in Deutschland, den Niederlanden und auch in Österreich vor der Judikaturwende 1925 zeigt übereinstimmend, dass in dieser Phase massive Missbrauchsprobleme gewissermaßen auf der Tagesordnung standen: Der Sicherungsnehmer kann – als Eigentümer – nach (auch heute noch) hA die Exekution seitens eines dritten Gläubigers vollständig unterbinden (§ 37 EO, § 771 dZPO). Darin wurde offenbar eine willkommene Möglichkeit gesehen, durch allenfalls auch nur zum Schein vorgenommene Sicherungsübereignungen andere Gläubiger vom Zugriff auszuschließen und dem Schuldner dauerhaft den Besitz der Sache zu sichern. Daneben konnte nach außen hin der Anschein gewahrt werden, der Schuldner besitze unbelastetes Vermögen. Klagen über solche Zustände finden sich in literarischen Stellungnahmen in Deutschland und den Niederlanden bis hinauf in die 1930er Jahre.[1862] Nach dem 2. Weltkrieg scheint das Missbrauchsthema in dieser Ausprägung im Wesentlichen verschwunden. Es schadet aber auch nicht, dieses potentielle Risiko

1862 Vgl oben IV.A.2.a. (Deutschland); III.B.1. unter 2. (Österreich); IV.B.2.b. (Niederlande). Ein im Ansatz ähnliches, möglicherweise in etwas anderem Sinne als missbräuchlich empfundenes »Exszindierungs-Problem« bestand um 1900 auch in England, dort allerdings nicht als Ausfluss des Vollrechtscharakters, sondern aufgrund der Ausgestaltung der *floating charge* in der Kautelarpraxis: Ein *floating-charge*-Gläubiger konnte durch Bestellung eines *receivers* alle vor ihm Exekution führenden ungesicherten Gläubiger von der Befriedigung ausschließen. Auch dies scheint ein verbreitetes Problem gewesen zu sein. Hierzu IV.E.2.b. unter 1. aE.

aus der Exszindierungswirkung der Vollrechtssicherheit im Zuge von Reformüberlegungen mit zu bedenken. Ob umgekehrt im Drittwiderspruchsrecht des Sicherungsnehmers ein legitimer und bewahrenswerter Vorteil liegen kann, ist ebenfalls für die weitere Diskussion vorzumerken.

In den Vordergrund getreten ist vielmehr das Problem einer Aushöhlung der Insolvenzmassen und die dadurch bedingten massiven Verluste vor allem der ungesicherten Gläubiger in der Insolvenz. Dabei handelt es sich allerdings primär um eine Konsequenz globaler Sicherungsrechte, nicht um ein rechtsformspezifisches Risiko.[1863] Die Frage kann somit an dieser Stelle dahinstehen.

Als strukturelle Probleme der Sicherung durch Vollrechtsübertragung verbleiben heute in erster Linie die Unmöglichkeit einer mehrfachen Begründung von Sicherungsrechten an ein und demselben Vermögenswert und – damit zusammenhängend – das Problem der Übersicherung. Soweit im deutschen und im Anschluss hieran auch im österreichischen Recht versucht wird, dem Übersicherungsproblem mittels Sittenwidrigkeitskontrolle oder Freigabeansprüchen beizukommen, verbleiben immer noch Effizienzprobleme bzw (namentlich in Österreich) Unsicherheiten bei der tatbestandlichen Eingrenzung einer relevanten Übersicherung.[1864]

Als Zwischenbefund kann wohl festgehalten werden, dass vorbehaltlich näherer Prüfung einiges für, wenig aber gegen ein Annähern von Sicherungseigentum und Pfandrecht zu sprechen scheint.

4. Dem entspricht, dass in einigen Rechtsordnungen Tendenzen einer solchen **materiellen Angleichung** von Sicherungseigentum und Pfandrecht teils schon seit Längerem zu verzeichnen sind. Zentrales Beispiel in Österreich und Deutschland ist die Wirkung von Sicherungsübereignung und Sicherungszession in der Insolvenz des Sicherungsgebers: Dem Gläubiger kommt wie beim Pfandrecht lediglich ein Absonderungsrecht zu.[1865] Das neue französische Recht der Sicherungstreuhand sieht die Möglichkeit einer Mehrfachbesicherung *(recharge)* bei der Sicherung durch Vollrechtsübertragung ausdrücklich vor.[1866] Und das neue belgische Mobiliarsicherungsrecht geht überhaupt von einem funktionalen Ansatz im Sinne eines einheitlichen Typus von Sicherungsrecht aus.[1867]

1863 Vgl etwa oben IV.A.2.a. zur deutschen Sicherungsübereignung (Vollrechtssicherung) und IV.E.2.b. zur englischen *floating charge* (beschränktes dingliches Recht).

1864 Zur Mehrfachbesicherung III.B.2. unter 4.; zur Übersicherung III.C.2.c.(i.) (Österreich) und IV.A.2.b.(ii.) (Deutschland).

1865 Für Österreich siehe § 10 Abs 3 IO (vgl III.B.1. unter 3.), für Deutschland §§ 50, 51 Nr 1 InsO. Diskussion weiterer Aspekte einer funktional bedingten Angleichung im österreichischen Recht unter III.B.2.

1866 Siehe oben IV.C.3.c.(iii.).

1867 Vgl IV.D.2.

5. Die bisherige Auseinandersetzung hat sich der Rechtfertigung unterschiedlicher Maßstäbe bei Tatbestand und Rechtsfolgen des Pfandrechts im Vergleich zur Sicherungsübereignung gewidmet. Die Frage stellt sich im Grunde ähnlich in Bezug auf den **Eigentumsvorbehalt.** Auch bei diesem stellt sie sich zunächst – weil im Ergebnis die Zulässigkeit oder zumindest Drittwirksamkeit betreffend – als **Publizitätsfrage.** Und abermals zeigt sich, dass dogmatische Rechtfertigungsversuche einer publizitätslosen Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts gegenüber dem publizitätsgebundenen Pfandrecht letztlich nicht recht zu befriedigen vermögen.[1868] Das an sich brüchige Fundament hat sich allerdings durch mehr als 100 Jahre Übung derart verfestigt, dass man es sich anders fast nicht mehr vorstellen kann. Selbst in jenen beiden europäischen Staaten (Frankreich und Belgien), die der Drittwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts bis ins ausgehende 20. Jahrhundert am reserviertesten gegenübergestanden haben, wurde eine Registrierung des Eigentumsvorbehalts als Drittwirksamkeitsvoraussetzung im Rahmen jüngster Reformprojekte – wiewohl diskutiert – letztlich nicht umgesetzt.[1869]

Angesichts der latenten Legitimationsdefizite und des durchaus bekannten Publizitätsdefizits des Eigentumsvorbehalts scheint de lege ferenda die Prüfung von Alternativen durchaus gerechtfertigt, wohl sogar geboten.

6. In anderen Bereichen finden sich zum Teil bereits de lege lata **Angleichungstendenzen.** Dies betrifft insbesondere den Bereich der Rechtsdurchsetzung. Hierzu sei an die in der österreichischen Praxis schon lange zu verzeichnenden Versuche erinnert, einen Rücktritt vom Kaufvertrag zu vermeiden und entweder gerichtlich durch Einklagen des Kaufpreises und Exekution in die Vorbehaltssache Befriedigung zu suchen oder sich vertraglich ein außergerichtliches Verwertungsrecht unter Anrechnung des Erlöses auf die fortbestehende Kaufpreisforderung zu sichern.[1870] Einen konsequenten Schritt weiter gehen insoweit das französische und das belgische Recht nach den jüngsten Reformen von 2006 bzw 2013, die beide den Eigentumsvorbehalt bereits konzeptionell zum »bloßen« Sicherungsrecht erklären und dementsprechend dessen Geltendmachung als Durchsetzung der gesicherten Kaufpreisforderung durch Sachrücknahme und Verrechnung des Erlöses mit dem Kaufpreisrestanspruch konzipieren.[1871] Das

---

1868 Vgl insbesondere die Diskussion zum österreichischen Recht unter III.D.1.a. Zur Entwicklung des deutschen Rechts vor Inkrafttreten des BGB oben II.B.6.a.

1869 Zur französischen Reform von 2006 (dort vorgeschlagen im *Grimaldi*-Bericht) oben IV.C.6.a. Auch in Belgien hielt man eine Registrierungspflicht »zurzeit« nicht für ratsam. Eine freiwillige Registrierung ist aber möglich und zum Teil (besonders für den Fall des Einbaus der Vorbehaltsware in eine unbewegliche Sache) auch dezidiert empfohlen; siehe IV.D.2. aE und IV.D.7.a.

1870 Näher III.D.2. Insoweit restriktiver das deutsche Recht, vgl die kurze Einführung in IV.A.3. unter 2.

1871 Oben IV.C.6.a. (Frankreich) und IV.D.7.b. (Belgien).

neue belgische Recht erklärt überdies für weite Bereiche (dingliche Subrogation, Verarbeitung, Vermengung) ausdrücklich Pfandrechtsregeln für anwendbar.[1872]

7. Eine weitere Beobachtung betrifft die im nächsten Hauptkapitel noch näher zu diskutierende Frage einer allfälligen **Sonderstellung des Warenkreditgebers** bzw generell des Anschaffungsfinanzierers im Verhältnis zu anderen Gläubigern. Ansätze in diese Richtung finden sich mehrfach, wenngleich nicht durchgehend. Illustrativ ist der Fall der Kollision eines verlängerten Eigentumsvorbehalts mit einer zeitlich vorausgehenden Globalzession, etwa an die Hausbank des Vorbehaltskäufers. In einer Reihe von Rechtsordnungen setzt sich – mit unterschiedlichem konzeptionellem Ansatz – der Warenkreditgeber durch; so in Deutschland (Vertragsbruchtheorie), in Frankreich (dingliche Subrogation) und in Belgien (Superpriorität); nicht so hingegen nach hA in Österreich (Prioritätsgrundsatz).[1873]

8. Zum Bereich des Eigentumsvorbehalts seien schließlich einige kurze Anmerkungen zu den im deutschen Sprachraum traditionell diskutierten **Sonderformen** dieses Sicherungsinstruments angefügt, auch wenn diese nur zum Teil mit Unterschieden aufgrund der Wahl zwischen verschiedenen Rechtsformen zu tun haben: Der Vergleich der verschiedenen Rechtsordnungen fördert hier höchst unterschiedliche Ergebnisse zutage. Mit Ausnahme des deutschen Rechts, das in allen Teilbereichen sehr verkäufer- bzw gläubigerfreundliche Ergebnisse erzielt, lassen sich ein übergeordneter rechtspolitischer Wertungskonsens oder konkrete Entwicklungstendenzen aus den gesammelten Befunden eigentlich nicht herauslesen. Auffällig ist aber eines, und zwar, dass hinter den unterschiedlichen Lösungen oft Gründe eher konzeptioneller Natur stehen. Dies wird in den nachfolgenden Absätzen kurz illustriert. Als Schlussfolgerung für künftige Reformüberlegungen ergibt sich daraus wohl insbesondere, dass die jeweils »optimale« Lösung zunächst auf einer rechtspolitischen Ebene gesucht werden sollte, bevor Entscheidungen über Fragen der rechtstechnischen Konstruktion in den Vordergrund treten. Bei der rechtstechnischen Umsetzung ist dann allerdings uU auch ein gewisses Maß an Offenheit für neue, der nationalen Rechtsordnung bisher nicht oder nur wenig geläufige konstruktive Ansätze gefordert.

Der angekündigte Überblick zu den unterschiedlichen Lösungen und konzeptionellen Hintergründen stellt sich gerafft wie folgt dar: Ein »erweiterter« Eigentumsvorbehalt im Sinne einer Verknüpfung des Eigentumsübergangs an die

1872 Vgl IV.D.7.b. und IV.D.5.c. bis IV.D.5.e.

1873 Vgl die Nw unter III.C.2.c.(ii.) und IV.A.2.b.(iii.) (zu Österreich bzw Deutschland); IV.C.6.b. aE (Frankreich); IV.D.3.a. unter 4. (Belgien). Nach niederländischem Recht scheitert die Verlängerung des Eigentumsvorbehalts schon grundsätzlich, dafür ergibt sich ein Vorrang des Vorbehaltsverkäufers gegenüber konkurrierenden Gläubigern des Käufers beim »erweiterten« Eigentumsvorbehalt; vgl IV.B.4.

Zahlung auch anderer Forderungen als der unmittelbaren Kaufpreisforderung ist sehr weitgehend zulässig in Deutschland (mit Ausnahme lediglich des Konzernvorbehalts) und offenbar generell in England (weil der Eigentumsübergang an jede Bedingung geknüpft werden könne). Er scheint traditionell nicht anerkannt in Frankreich (wohl in Zusammenhang mit generellen Vorbehalten gegenüber Eigentumssicherungen) und scheitert in Österreich (am Publizitätserfordernis). Eine Mittelposition nimmt auf den ersten Blick das niederländische Recht ein, indem es den Eigentumsvorbehalt auf die Sicherung von Forderungen für Warenlieferungen und aufgrund eines Liefervertrags verrichtete Tätigkeiten beschränkt. Alle anderen Forderungen lassen sich allerdings durch Vorbehalt eines stillen Pfandrechts am Vorbehaltsgut sichern, das vom Käufer begründeten sonstigen Sicherungsrechten im Ergebnis stets vorgeht. Insgesamt reihen sich die Niederlande damit ebenfalls bei den gläubigerfreundlichen Rechtsordnungen ein.[1874]

Eine »Verlängerung« des Eigentumsvorbehalts in die Kaufpreisforderung aus einer Weiterveräußerung ist durch rechtsgeschäftliche Vorab-Sicherungszession in Deutschland ohne weiteres und in Österreich jedenfalls grundsätzlich möglich, wobei sich nach österreichischem Recht aus der zwingenden Beachtung der allgemeinen Publizitätsvoraussetzungen für Sicherungszessionen allerdings praktische Risiken für den Vorbehaltsverkäufer ergeben können. Eine für den Vorbehaltsverkäufer im Ansatz sogar noch günstigere Lösung halten insofern das französische und belgische Recht bereit, nach denen die zunächst an der Kaufsache bestehende Sicherheit im Wege gesetzlich angeordneter Subrogation auf die im Weiterverkauf generierte Kaufpreisforderung übergeht. Hingegen scheitert die Verlängerung in den Niederlanden (am Fiduzia-Verbot) und de facto regelmäßig wohl in England, weil die Sicherung mittels Kaufpreisforderungen als *charge* zu qualifizieren und diese zu registrieren wäre. In diesen letzten beiden Fällen spielt also die Rechtsform der potentiellen Ersatzsicherheit wieder eine praktisch erhebliche Rolle.[1875]

Wieder anders verlaufen die Grenzen im Fall der Verarbeitung. Das deutsche Recht operiert auch hier mit vertraglichen Regelungen (Sicherung des Alleineigentums oder eines Miteigentumsanteils am Produkt durch Verarbeitungsklausel) und schafft damit trotz an sich zwingenden Charakters der gesetzlichen Verarbeitungsregeln die Aufrechterhaltung der Verkäufersicherheit. Die hA in Österreich geht ebenfalls von einer Miteigentumslösung aus, die allerdings aufgrund des Publizitätsprinzips streng auf den Wert des ursprünglichen Materialbeitrags beschränkt ist. Das neue belgische Recht lässt das ursprüngliche Recht

1874 Für Näheres siehe oben IV.A.3. (Deutschland); IV.E.1.a. (England); IV.C.6.b. (Frankreich); III.D.3.a. (Österreich); IV.B.4. unter 1. (Niederlande).

1875 Vgl dazu IV.A.3. (Deutschland); III.D.3.b. (Österreich); IV.C.6.b. (Frankreich); IV.D.5.c. (Belgien); IV.B.4. unter 2. (Niederlande); IV.E.1.a. (England).

(funktional als Pfandrecht) am Produkt fortbestehen und kommt damit vom Sicherungswert her zu einem ähnlichen, in der technischen Realisierung allerdings unterschiedlichen Ergebnis (Auseinandersetzung von Miteigentum einerseits, Pfandverwertung andererseits). Keine insolvenzfeste Verkäufersicherung am Verarbeitungsprodukt ist hingegen möglich in Frankreich (trotz an sich dispositiver Verarbeitungsregeln), in den Niederlanden (wegen zwingender Verarbeitungsregeln) sowie in England (auch hier infolge Qualifizierung einer entsprechenden Vereinbarung als *charge* mit Registrierungspflicht).[1876]

Das oben bereits angemerkte Bedürfnis nach einer rechtspolitischen Durchforstung dieser Bereiche findet im Lichte dieser Diskrepanzen wohl Bestätigung.

c. *Weitere Aspekte: Strukturelemente des Erwerbstatbestands, Unterschiede in Registersystemen, Veräußerungsbefugnis und Verwertung*

1. Bei der Diskussion darüber, ob »moderne«, »internationale« Vorbilder wie Buch IX DCFR, Article 9 UCC oder der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions bzw das UNCITRAL Model Law on Secured Transactions als Orientierungspunkte für künftige Reformen in Österreich infrage kommen, wird in konzeptioneller Hinsicht die Frage eine bedeutende Rolle spielen, ob weiterhin grundsätzlich sämtliche Rechtswirkungen einer (Pfand-)Bestellung in ein und demselben Zeitpunkt eintreten sollen oder ob für verschiedene Rechtswirkungen allenfalls verschiedene Anknüpfungspunkte maßgebend sein können. Der erstgenannte Ansatz liegt jedenfalls den Rechtsordnungen des sog deutschen Rechtskreises traditionell zugrunde.[1877] Der zweitgenannte differenziert, wie weiter unten näher zu erläutern sein wird, zwischen – in der Terminologie des DCFR – ***creation*** (Begründung), ***effectiveness*** (Wirksamkeit gegenüber bestimmten Dritten) und ***priority*** (Rangwirkung).

Ein allgemeiner Zwischenbefund zu diesem Fragenkreis ist aufgrund der bestehenden unterschiedlichen Rechtstraditionen nicht leicht möglich. Vielleicht aber so viel: Völlig »uneuropäisch« ist der zweitgenannte, differenzierende Ansatz sicher nicht. Das französische Recht (und dem folgend das alte belgische) unterscheidet bereits traditionell zwischen einer Wirkung des Pfandrechts *inter partes* und einer Wirkung gegenüber Dritten; es kommt somit der »modernen« Differenzierung einigermaßen nahe. Das neue belgische Modell begreift, anknüpfend an

---

1876 Siehe wiederum IV.A.3. (Deutschland); III.D.3.c. (Österreich); IV.D.5.e. (Belgien); IV.C.6.b. (Frankreich); IV.B.4. unter 3. (Niederlande); IV.E.1.a. (England).

1877 Diskutiert für Österreich unter III.A.1.b. (ein abweichender Ansatz *Wellspachers* hat sich nicht durchgesetzt). Nichts anderes gilt, auch wenn im Rahmen der bisherigen Untersuchung hierauf nicht näher eingegangen worden ist, im deutschen und niederländischen Recht.

der bestehenden Tradition und auch unter Einfluss der genannten internationalen Vorbilder, die Wirkung zwischen den Parteien, gegenüber Dritten und die Rangwirkung mit noch größerer Deutlichkeit als grundsätzlich getrennte Ordnungsfragen. In der englischen Rechtswissenschaft hat sich die Dreiteilung, obwohl gesetzlich oder durch Fallrecht nicht unmittelbar vorgegeben, als konzeptionelles Muster ebenfalls weitgehend etabliert.[1878]

Es liegt daher nahe, die konzeptionelle Diskussion möglichst unvoreingenommen aufzunehmen und anhand der jeweils erzielbaren Ergebnisse zu beurteilen, ob an Vertrautem festgehalten werden soll oder ob es sich empfiehlt, allenfalls auch systematische Neuerungen in Kauf zu nehmen.

2. Hochgradig unterschiedlich fallen die Befunde auch in Hinblick darauf aus, was man üblicherweise unter dem Schlagwort **Publizität** zusammenzufassen pflegt. Diskrepanzen finden sich dabei nicht nur zwischen den bekannten Gegenpolen des deutschen (gar keine Publizität bei Vollrechtssicherungen) und des österreichischen Rechts (grundsätzlich strenges Publizitätsprinzip mit Leitbild der Sachübergabe), sondern gerade auch bei jenen Ländern, die heute grundsätzlich mit **Registersystemen** operieren. Dies beginnt bereits bei den unterschiedlichen Zwecken, die mit den verschiedenen Registermodellen verfolgt werden. So dient das niederländische Registrierungssystem für stille Pfandrechte allein der verlässlichen Klärung möglicher Prioritätskonflikte, gerade nicht hingegen der Kundbarmachung von Pfandrechten gegenüber Dritten.[1879] Keinem Publizitätszweck dient ferner das Register für Treuhandgeschäfte (einschließlich der Sicherungs-*fiducie)* des französischen Rechts. Dieses bezweckt darüber hinaus offenbar nicht einmal die Klärung von Prioritätsverhältnissen, steht doch die Einsichtnahme ins Register bloß Finanz- und Strafverfolgungsbehörden zu, die mit der Entscheidung über Rangfragen nicht befasst sind.[1880]

Darüber hinaus bestehen zwischen den untersuchten Registersystemen Unterschiede auf einer Vielzahl von Ebenen: (1) Zum Teil finden sich Abweichungen abhängig von der Art des Sicherungsguts (Fahrnis oder Forderung). In Frankreich etwa erfordert die Verpfändung bzw Sicherungszession von Forderungen generell keine Registrierung,[1881] sehr wohl hingegen die Verpfändung von Fahr-

---

1878 Zum französischen Recht bereits vor der Reform 2006 siehe IV.C.2.a., nach 2006 IV.C.2.d.(ii.) und IV.C.1.d.(iii.). Zum neuen belgischen Recht IV.D.3.a.; für England vgl IV.E.1.b. unter 1. bzw 2.

1879 Vgl insbesondere IV.B.3.a. unter 3.

1880 Siehe IV.C.3.c.(ii.) insbesondere unter 2.

1881 Zur Rechtslage vor der Reform 2006 IV.C.2.c. und IV.C.3.b., zur Forderungsverpfändung nach der Reform IV.C.2.d.(iii.) Bei der Sicherungs-*fiducie* nach dem Modell ab 2007 tritt in Bezug auf Forderungen die Drittwirksamkeit ebenfalls bereits mit Abschluss des schriftlichen Vertrags ein, es bedarf allerdings wie oben angemerkt einer Registrierung, die keinerlei Publizitätszweck verfolgt; vgl IV.C.3.c.(ii.) unter 2. und 3.

nis.[1882] Das neue belgische Recht sieht nach einer Anpassung im Jahr 2016 für das Forderungspfand ebenfalls keine Registrierung mehr vor. Und auch in seiner ursprünglichen Konzeption von 2013 hat es durch die alternative Möglichkeit einer Begründung der Drittwirkung durch *contrôle* bei Forderungsrechten sehr weitgehend eine »Flucht aus dem Register« eröffnet.[1883] (2) Zweitens sind die im Register einsehbaren Informationen unterschiedlich präzise, vollständig und verlässlich. Paradigmatisches Beispiel für wenig detaillierten Informationsgehalt ist das neue französische *gage*-Register, dessen Angaben sich auf die Person des Sicherungsgebers, die Kategorie des Sicherungsobjekts (wobei diese Parameter bereits bei der Abfrage einzugeben sind) und die Nennung des zuständigen Handelsgerichts beschränken.[1884] Vergleichsweise umfassende Auskunft gibt hingegen das belgische Register;[1885] das englische beinhaltet sogar den vollständigen Pfandbestellungsvertrag.[1886] (3) Abhängig unter anderem von der Informationsdichte des Registers selbst sehen manche Systeme vor, dass sich der Interessent zusätzliche Informationen aus einer weiteren Quelle beschafft; so das französische Recht (zusätzliche Informationsquelle ist hier das Registergericht).[1887] Im englischen System hat bis zur jüngsten Reform 2013 der Schuldner als Quelle für weitere Auskünfte gedient.[1888] (4) Schließlich bestehen erhebliche Unterschiede in Hinblick auf den Zugang zum Register auf Abfragerseite. Die Bandbreite reicht von völliger Freigabe (England, Frankreich)[1889] bis zur Beschränkung im Wesentlichen auf die Parteien und deren Rechtsnachfolger (Niederlande)[1890] und der schon erwähnten, noch weitergehenden Beschränkung auf Finanz- und Strafverfolgungsbehörden (Frankreich im Fall der Sicherungstreuhand).

Näheres soll hier zwecks Vermeidung von Wiederholungen noch nicht diskutiert werden. Deutlich zeigt sich aber schon eines: Es hat wenig Sinn, die Einführung »eines Registers« zu fordern. Entscheidend ist, wie das Registersystem im Detail ausgestaltet wird.

3. Für die Phase nach Begründung des Sicherungsrechts scheint mir nicht zuletzt in Hinblick auf nach wie vor bestehende Unsicherheiten im geltenden österreichischen Recht[1891] folgender Hinweis bedeutsam: Mit Unterschieden im

1882 Zum neuen Recht nach der Reform 2006 oben IV.C.2.d.(ii.) und IV.C.2.e.(i.).
1883 Siehe IV.D.3.b.
1884 Oben IV.C.2.e.(ii.).
1885 Siehe IV.D.4.b. und IV.D.4.c.(i.).
1886 Vgl IV.E.3.c.
1887 Oben IV.C.2.e.(ii.).
1888 Vgl abermals IV.E.3.c.
1889 Siehe wiederum IV.E.3.c. bzw IV.C.2.e.(ii.).
1890 Oben IV.B.3.a. unter 3.
1891 Siehe oben III.A.2.c.(ii.) unter 3.

Einzelnen zeichnet sich zunehmend als Leitbild ab, dass der Sicherungsgeber, der in Besitz des Sicherungsobjekts verblieben ist, ermächtigt sein soll, über dieses **lastenfrei zu verfügen.** Der Schuldner soll somit zur normalen operativen Nutzung des Sicherungsguts ungehindert in der Lage sein, letztlich um den gesicherten Kredit bestmöglich bedienen zu können. In Belgien ist diese Idee der Verfügungsbefugnis im ordentlichen Geschäftsbetrieb nun ausdrücklich zum dispositiven Recht erhoben worden,[1892] die englische *floating charge* baut schon immer auf genau demselben Prinzip auf (und versteht dabei den »ordentlichen Geschäftsbetrieb« im Übrigen denkbar weit)[1893] und das neue französische Recht widmet dem Grundsatz immerhin eine Regelung für die Verpfändung gattungsmäßig bestimmter beweglicher körperlicher Sachen.[1894]

4. Die letzten Beobachtungen, ebenfalls in Hinblick auf Regelungsvorschläge im DCFR und verwandten Regelwerken, betreffen Aspekte der **Verwertung.** Wohl wenig überraschend besteht ein allgemeiner Trend hin zur Zulassung außergerichtlicher Verwertung von Pfand- und sonstigen Sicherungsrechten. Bemerkenswert ist wohl ein in jüngsten Reformprojekten möglicherweise eingeleiteter Trend zur Abkehr vom Verbot der *lex commissoria* (so nun im französischen und belgischen Recht): Eine Verfallsklausel kann auch vor Pfandreife wirksam vereinbart werden, der Sachwert ist aber zwingend mit der gesicherten Forderung zu verrechnen, dh, ein allfälliger Überschuss ist an den Pfandbesteller oder an nachrangig gesicherte Gläubiger herauszugeben.[1895]

2. Schlussfolgerungen in Hinblick auf den grenzüberschreitenden Verkehr

Die teils erheblichen Unterschiede zwischen den verschiedenen europäischen Mobiliarsicherungsregimen werfen bekanntermaßen handfeste praktische Probleme im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr auf. Auch hieraus lassen sich mittelbar einige allgemeine Schlussfolgerungen für die Ausrichtung allfälliger Reformüberlegungen betreffend das österreichische Recht gewinnen. Die Erörterung darf sich, da sie nicht Schwerpunkte der Arbeit betrifft, eher kurz halten und auf Sicherungsrechte an beweglichen körperlichen Sachen, bei denen die Problematik am sinnfälligsten ist, beschränken.

1892 Vgl IV.D.5.b. zu Art 21 Pfandgesetz.
1893 Vgl IV.E.2.a. unter 1. und 4.
1894 Vgl IV.C.4.b. zu Art 2342 Cc, der für seinen Anwendungsbereich nach der jüngsten Reform durch *ordonnance* n° 2021-1192 vom 15.9.2021 ebenfalls eine Verfügungsbefugnis immer dann vorsieht, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.
1895 Vgl hierzu IV.C.5. (Frankreich) und IV.D.6. (Belgien).

1. Auszugehen ist von dem Befund, dass das jeweilige Internationale Privatrecht europäischer Staaten für die Beurteilung des Entstehens und Fortbestehens sowie der Wirkungen von Sicherungsrechten an beweglichen körperlichen Sachen regelmäßig auf das Recht des jeweiligen Lageorts der belasteten Sache verweist ***(lex rei sitae).***[1896] Die Disparität der nationalen Sachrechte kann damit im Fall eines Lageortswechsels leicht zur Unwirksamkeit eines im Ausgangsstaat wirksam begründeten Sicherungsrechts führen. Betroffen sind im Wesentlichen besitzlose Mobiliarsicherheiten. Die Problematik ist mehrfach ausführlich untersucht worden, weshalb hier kurze Beispiele genügen sollen: Wird an einem Kraftfahrzeug in Deutschland mittels Besitzkonstitut wirksam Sicherungseigentum begründet und wird das Fahrzeug in Spanien zur Durchsetzung einer offenen Forderung gegen den Fahrzeugeigner beschlagnahmt, kann sich der Gläubiger hiergegen nicht erfolgreich zur Wehr setzen. Verkauft ein deutscher oder österreichischer Exporteur Waren unter verlängertem Eigentumsvorbehalt nach England, wird die Erstreckung der Sicherheit in die Kaufpreisforderungen in der Praxis oft daran scheitern, dass die Käufergesellschaft diese Ersatzsicherheit nicht registriert hat.[1897] Auch bei Verbringung einer in Deutschland wirksam durch Besitzkonstitut sicherungsübereigneten Sache nach Österreich ist man lange Zeit vom Unwirksamwerden der Sicherheit ausgegangen.[1898] Zwar hat der für Zwangsvollstreckungssachen zuständige Senat des OGH jüngst die Auffassung vertreten, das in Deutschland wirksam begründete Sicherungsrecht bleibe nach Grenzübertritt aufrecht.[1899] Doch sind Begründung und Ergebnis zT auf umfassende Kritik ge-

1896 So etwa § 31 IPRG für Österreich (zum Vorbehalt aufgrund einer jüngsten E des OGH sogleich im Text) und Art 43 EGBGB (mit Ausnahmen für bestimmte Transportmittel in Art 45 EGBGB) für Deutschland. Überblick zu einer Vielzahl weiterer Rechtsordnungen bei *Mansel* in *Staudinger* (Begr), Anhang II zu Art 43–46 EGBGB (2015) Rn 2–381. Die Situs-Regel gilt zum Teil mit verschiedenen Einschränkungen, für den hier genügenden groben Problemaufriss fallen diese Ausnahmen freilich nicht allzusehr ins Gewicht.

1897 Beispiele teilweise nach *Kieninger,* AcP 208 (2008) 182 (187 ff) mit einschlägigen Judikaturnachweisen. Ausführlich zum Risiko der Nichtanerkennung von Eigentumsvorbehalten (einfacher, verlängerter Eigentumsvorbehalt und Verarbeitungsklauseln) im europäischen Ausland *Kieninger,* Mobiliarsicherheiten 41 ff; zu Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt *Wohlgemuth,* Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitenrechts 58 ff; *Mansel* in *Staudinger* (2015) Art 43 EGBGB Rn 1306 ff; allgemein zur Problematik *von Bar/Drobnig,* The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe – A Comparative Study (2004) 342 ff; *Drobnig,* Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights, in *Drobnig/Snijders/Zippro* (Hrsg), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market? (2006) 105; aus österreichischer Sicht in jüngerer Zeit *Schacherreiter,* Publizitätsloses Sicherungseigentum im deutsch-österreichischen Grenzverkehr, ZfRV 2005, 173 sowie das in den folgenden FN zitierte Schrifttum.

1898 OGH 3 Ob 126/83, JBl 1984, 550 *(Schwimann);* LG Linz 13 a R 870/85, JBl 1989, 185; vgl auch OGH 7 Ob 723/88; 3 Ob 2403/96w; aus der Literatur etwa *Verschraegen* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/6[3] (2004) § 31 IPRG Rz 28 ff; *Schwartze,* Kreditsicherung bei Grenzüberschreitung, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Bankvertragsrecht VIII[2] (2012) 343 (Rz 6/40).

1899 OGH 3 Ob 249/18s, JBl 2019, 439 *(Ronacher)* = ZFR 2019, 468 *(Schwartze)* = EvBl 2020/9 *(Brenn)* = EWiR 2019, 337 *(Mankowski).*

stoßen.[1900] Ob diese Rechtsprechung fortgeschrieben wird, ist derzeit wohl offen. Sollte sie prolongiert werden, erhöht dies den Reformdruck erheblich.

2. Man ist sich wohl weitgehend einig, welche Schlussfolgerung idealiter aus diesem Befund eines Unwirksamkeitsrisikos infolge Lageortswechsels zu ziehen ist; nämlich eine **Harmonisierung** des Rechts der Mobiliarsicherheiten, vorzugsweise in einem gesamteuropäischen Kontext.[1901] Eine solche Entwicklung ist in verschiedenen Spielarten denkbar, die näher zu diskutieren an dieser Stelle verfrüht wäre.[1902] Im Wesentlichen, soviel mag hier vorerst genügen, sollten nationale Reformüberlegungen die Möglichkeit einer solchen europäischen Entwicklung jedenfalls mitbedenken. Dabei spricht im Grundsatz viel für ein **einheitliches europäisches Registersystem**, das von allen teilnehmenden Staaten aus gespeist und abgefragt werden kann. Ist derartiges – allenfalls vorerst – nicht erreichbar, sollte nach Möglichkeit Vorsorge getroffen werden, dass das nationale System einigermaßen in der Lage ist, an ausländische Systeme »anzudocken« oder zumindest ausländischen Parteien ein Integrieren ihrer Sicherungsrechte in das nationale System möglichst zu erleichtern. Auch dies wird prinzipiell für eine Registerlösung sprechen. Über die nähere inhaltliche Ausgestaltung eines – europäischen oder rein nationalen – Reformprojekts ist damit freilich noch nichts gesagt.

Dass allerdings die Schaffung eines wirklich einheitlichen Systems aus einer Vielzahl von Perspektiven erhebliche Vorteile bieten würde, soll hier noch einmal mit Nachdruck unterstrichen werden. Denn es sind nicht nur die (mit Recht) hauptsächlich diskutierten Probleme der Anerkennung bzw Nichtanerkennung

---

1900 Siehe im Einzelnen etwa *W. Faber,* ÖBA 2019, 401 (402 ff); *W. Faber,* Was tun im Recht der grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten? in FS 40 Jahre IPRG (2020) 339 (342 ff); *Ronacher,* Anmerkung zu OGH 3 Ob 249/18s, JBl 2019, 439 (444 ff); vgl auch *Heindler,* ÖBA 2020, 395 mwN. Zu der – in OGH 3 Ob 249/18s seiner Entscheidung letztlich jedoch gar nicht zugrunde gelegten – Grundannahme des OGH, die vormalige österreichische Lösung verstoße wegen fehlender innerer Kohärenz gegen die EU-Grundfreiheiten, weil das österreichische Recht mit dem Eigentumsvorbehalt ohnehin eine publizitätslose Mobiliarsicherheit anerkenne, siehe die eingehende Relativierung bei *Lindenbauer,* Die Nichtanerkennung publizitätsloser ausländischer Mobiliarsicherheiten im Lichte der Europäischen Grundfreiheiten – Eine Untersuchung der österreichischen Rechtslage anhand des Kohärenzgebotes des EuGH, ALJ 2021, 24.

1901 Vgl mit Unterschieden im Einzelnen etwa *Kreuzer* in *Basedow/Remien/Wenckstern,* Europäisches Kreditsicherungsrecht 31. *Snijders,* Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables, in *Drobnig/Snijders/Zippro* (Hrsg), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market? (2006) 153; *Kieninger,* European Regulation of Security Rights, in *Drobnig/Snijders/Zippro* (Hrsg), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market? (2006) 165; *dies,* AcP 208 (2008) 182; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 468 ff; *Martiny,* Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law, IPRax 2012, 119 (124 f), alle mwN.

1902 Zunächst soll insbesondere mit einer Analyse von Buch IX DCFR die Diskussion materiellrechtlicher Ausgestaltungsmöglichkeiten vorangetrieben werden (Kapitel V). Zu möglichen Formen einer Umsetzung kurz unter VI.B. sowie weiterführend *W. Faber* in FS 40 Jahre IPRG 339 (364 ff).

des primär vereinbarten Sicherungsrechts, die hierdurch bestmöglich gelöst werden könnten, sowie damit verbunden das Wahren von »Bestandsinteressen« des Sicherungsnehmers am Fortwirken seiner Sicherheit insbesondere bei Verkauf oder Verarbeitung des Sicherungsguts. Der Sicherungsnehmer wird beispielsweise auch davon profitieren, wenn der rechtliche Rahmen für eine außergerichtliche Verwertung einheitlich ausgestaltet ist und er seine Vertragsbedingungen generell auf ein bestimmtes Modell ausrichten kann. Umgekehrt mag sich ein Vorteil für den Sicherungsgeber daraus ergeben, dass er einem künftigen Gläubiger aufgrund des einheitlichen Systems gleichsam Rechtssicherheit anbieten und damit uU günstigere Kreditkonditionen lukrieren kann. Ein einheitliches Registersystem kann bei entsprechender Ausgestaltung ferner erhebliche Vereinfachungen und damit verbunden eine Stärkung der Rechtssicherheit bei Eintragungen in und Abfragen aus dem Register bewirken:[1903] Der Sicherungsgeber ist mit der Registrierungspraxis auch dann vertraut, wenn er Sicherungsrechte gegenüber einem Geschäftspartner aus einem anderen Teilnahmestaat registriert. Spiegelbildlich schafft ein einheitliches Register mit grenzüberschreitenden Suchmöglichkeiten erhebliche Vorteile aus Dritt- bzw Abfragerperspektive. Die Identifizierung des »korrekten« Schuldners im Register wird – wiederum entsprechende Ausgestaltung vorausgesetzt – einfacher und sicherer. Die Anbahnung erster Geschäftskontakte mit ausländischen Vertragspartnern kann hierdurch möglicherweise signifikant vereinfacht werden; gleiches gilt wohl für das spätere Monitoring solcher Kontakte.

Der Mehrwert eines einheitlichen Systems steht und fällt aber natürlich mit der Qualität seiner konkreten Lösungen. Diese Frage der konkreten inhaltlichen Ausrichtung ist Gegenstand des nachfolgenden Kapitels.

1903 Mit Recht nachdrückliche Betonung dieser Aspekte bei *Hamwijk,* Publicity 350 ff.

V. Buch IX DCFR auf dem Prüfstand

A. Grundlagen

1. Untersuchungsziel und Untersuchungsgegenstand

Die Untersuchung wendet sich nun endgültig möglichen Optionen für die zukünftige Rechtsentwicklung im Mobiliarsicherungsrecht zu. Diese Entwicklung mag letztlich eine rein nationale sein oder, was wie angedeutet erheblichen Mehrwert verspricht, koordiniert-europäisch stattfinden. Keine der beiden Varianten lässt sich kurzfristig erledigen. In jedem Fall bedarf es vorbereitend einer inhaltlichen Auseinandersetzung sowohl betreffend die groben rechtspolitischen Ziele als auch in Bezug auf konkrete Möglichkeiten der rechtstechnischen Ausgestaltung von Reformmaßnahmen. Hierzu will die Arbeit einen konkreten Beitrag leisten.

1. In der Folge wird also ausgehend vom geltenden österreichischen Recht mit seinen in Kapitel III identifizierten Problembereichen und aktuellen Entwicklungstendenzen der Frage nachgegangen, welche Lösungsansätze die bestehenden Probleme beheben und zugleich jenen Wertungen, an denen nach verbreiteter Rechtsüberzeugung festgehalten werden soll, in einer Weise Rechnung tragen können, die modernen wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht wird. Nach Möglichkeit sollten solche Lösungsansätze zudem mit europäischen Entwicklungsperspektiven, wie sie sich derzeit zum Teil bereits abzeichnen bzw für die Zukunft mittelfristig plausibel erscheinen, kompatibel sein.

Hierzu wird im Folgenden von der These ausgegangen, dass das in **Buch IX DCFR** über *»Proprietary security in movable assets«* entwickelte Modell diesem Anforderungsprofil sehr weitgehend entspricht, ja eine Entwicklung in diese Richtung in mehrfacher Hinsicht durchaus konsequent wäre. Entsprechend wird im Einzelnen zu untersuchen sein, inwieweit sich die dort unterbreiteten Lösungsvorschläge im Spiegel der österreichischen Entwicklung sowie der vergleichsweise untersuchten weiteren europäischen Rechtsordnungen als sinnvoll und weiterführend behaupten können. Dabei kann auf die aus den verschiedenen Rechtsordnungen gewonnenen Erkenntnisse zu Zwecken der Bewertung, insbesondere für die nähere Ausgestaltung eines allfälligen Registersystems aber auch als konkrete Regelungsalternativen zurückgegriffen werden. Findet die genannte These zumindest im Wesentlichen Bestätigung, ließe sich für konkrete künftige Legislativarbeiten auf ein grundsätzlich voll durchentwickeltes Regelungsmodell zurückgreifen. Dieses Regelungsmodell könnte sich zudem für andere europäische

Staaten als Anknüpfungspunkt für Reformüberlegungen anbieten, wie dies etwa bei der Entwicklung des neuen belgischen Mobiliarsicherungsrechts bereits der Fall gewesen ist, und so eine Harmonisierung in einem europäischen Rahmen begünstigen. Soweit die nachfolgende Untersuchung konkreten Korrektur- oder Ergänzungsbedarf des DCFR-Modells zutage fördern sollte, kann hiermit jedenfalls ein Beitrag zur kritischen Evaluierung und allenfalls Weiterentwicklung dieses noch jungen Regelungsmodells geleistet werden. Auch dies kann die Bemühungen um einen allfälligen europäischen Schulterschluss in diesem wirtschaftlich bedeutsamen Rechtsbereich im Ergebnis voranbringen.

2. Die Auswahl gerade des DCFR-Modells als zentralen Bezugspunkt der folgenden Untersuchung bedarf natürlich noch einer etwas näheren Rechtfertigung. Im Wesentlichen vergleichbare Regelungssysteme – meist als ***notice-filing*-Systeme** (nach der Art der an das Register übermittelten Information) oder als Personal Property Security Act-Systeme bzw abgekürzt **PPSA-Systeme** (nach den in Kanada, Neuseeland und Australien typisch gewordenen Gesetzestiteln) bezeichnet – gibt es mittlerweile etliche. Die Entwicklung geht aus von Article 9 des US-amerikanischen Uniform Commercial Code (UCC), der selbst als Instrument der Rechtsangleichung innerhalb der USA nur Modellgesetzcharakter hat und damit der Umsetzung in das Recht der einzelnen Bundesstaaten bedarf. Der das Mobiliarsicherungsrecht regelnde Article 9 UCC *(»Secured Transactions«),* erstmals als offizieller Text im Jahre 1952 veröffentlicht und mittlerweile mehrfach novelliert, ist als einer der praktisch wichtigsten Teile dieses Modellregelwerks in allen Bundesstaaten übernommen worden. Aktuell geltendes Recht in allen Bundesstaaten sind Bestimmungen auf Grundlage einer 2010 erfolgten Überarbeitung.[1904] Entwicklung und Inhalt von Article 9 UCC sind mehrfach ausführlich dargestellt worden,[1905] sodass hier Verweise genügen dürfen. Dem Beispiel folgen – mit Modifikationen – die Common-Law-Provinzen Kanadas ab 1990,[1906] Neuseeland mit

1904 Die legislativen Umsetzungen in den einzelnen Bundesstaaten erfolgte zwischen 2011 und 2015 (zuletzt in Oklahoma und New York).

1905 Ausführlich in deutscher Sprache zuletzt bei *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 351 ff. Als führender Text in den USA kann weiterhin gelten *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV⁵ (2002), hier zitiert nach der ausführlichen Hauptausgabe in der »Practitioner Treatise Series«. Gut greifbare einführende Darstellung bei *Sigman,* Security in movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: a basis for comparison, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 54; vgl aus europäischer Perspektive etwa auch *McCormack,* Secured Credit 70 ff; *Hamwijk,* Publicity 157 ff. Überblick zur Geschichte des UCC im Allgemeinen zB bei *von Hoff,* Der Uniform Commercial Code in den USA im Vergleich zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts (2008) 41 ff. – Der Text von Article 9 UCC in der Fassung von 2010 ist abrufbar unter <https://www.law.cornell.edu/ucc/9>.

1906 Links zu den jeweiligen Personal Property Security Acts zusammengefasst auf <https://en.wikipedia.org/wiki/Personal_Property_Security_Act_(Canada)>.

dem Personal Property Securities Act 1999[1907] und Australien mit einem Personal Property Securities Act 2009.[1908] Auf der Kanalinsel Jersey gilt seit Kurzem das auf unkörperliches Vermögen beschränkte Security Interests (Jersey) Law 2012;[1909] weitere Staaten ließen sich ergänzen.[1910] Auch der 2007 fertiggestellte UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions,[1911] der wiederum für sämtliche nachfolgenden nationalen Gesetzgebungsakte (wie auch für Buch IX DCFR) von wesentlicher Bedeutung war, und das hierauf aufbauende UNCITRAL Model Law on Secured Transactions von 2016[1912] samt den dort integrierten Model Registry Provisions[1913] stehen in dieser Tradition. Zentrales Element all dieser Regelwerke ist ein als Personalfoliensystem ausgestaltetes *(debtor based)* Register. Daneben steht die unter der Ägide von UNIDROIT ausgearbeitete sog Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment (gemeint sind besonders hochwertige

---

1907 Überblick bei *Brown,* The New Zealand Personal Property Securities Act 1999, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 328. Gesetzestext mit Stand 12.4.2022 unter <https://www.legislation.govt.nz/act/public/1999/0126/latest/whole.html>.

1908 Überblick bei *Fisher,* Personal property security law reform in Australia: history, influences, themes and the future, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 366. Gesetzestext mit Stand 1.9.2021 unter <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00459>.

1909 Fassung vom 28.9.2021 abrufbar unter <https://www.jerseylaw.je/laws/current/Pages/13.776.aspx>; vgl bereits oben IV.E.4.

1910 *Hamwijk,* Publicity 335 f nennt weitere Rechtsordnungen, darunter Mexiko, Ghana und eine Reihe kleinerer Staaten im Ostasien-Pazifik-Raum.

1911 Samt weiteren Materialien abrufbar unter <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests>. Überblick zu den Empfehlungen des UNCITRAL Legislative Guide etwa bei *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 425 ff; *Kieninger,* Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, Teil II, WM 2005, 2353 (2354 ff); *Bazinas,* Key objectives and fundamental policies of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 456. Siehe auch die (jeweils noch vor Abschluss der Arbeiten am Guide verfassten) Beiträge von *Lukas,* ÖBA 2007, 262; *Wiegand,* Zur Reform des Kreditsicherungsrechts – Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und das nationale Recht, in FS Horn (2006) 177; sowie die auf viele Detailfragen eingehenden Beiträge zum Tagungsband von *Eidenmüller/Kieninger* (Hrsg), The future of secured credit in Europe (2008).

1912 Ebenfalls abrufbar unter <https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests>. Dort finden sich ferner ein hierauf bezogener UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment (2017) mit einer artikelweisen Erläuterung des Model Law sowie ein UNCITRAL Practice Guide on the Model Law on Secured Transactions (online 2019, print 2020), ein weiteres Erläuterungsdokument, das in die grundlegende Funktionsweise der Regeln des Model Law hauptsächlich anhand von einfach gehaltenen Beispielen einführt. Zum Model Law etwa die Beiträge in *Foëx* (Hrsg), The draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions – Why and how? (2016); *Bazinas,* The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, in *Bazinas/Akseli* (Hrsg), International and Comparative Secured Transactions Law – Essays in Honour of Roderick A Macdonald (2017) 55.

1913 Diese sind mit eigener Artikelzählung als Ausführungsbestimmungen zu dem lediglich aus einem einzigen Artikel bestehenden Chapter IV (Registersystem) im UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016) integriert.

Mobilien wie Flugzeuge) von 2001[1914] samt Protokollen für Sicherungsrechte an Flugzeugen,[1915] Schienenfahrzeugen,[1916] Weltraumequipment[1917] sowie Bergbau-, Landwirtschafts- und Baumaschinen.[1918] Diese sehen angesichts des besonderen Werts des jeweiligen Sicherungsguts ein als Realfoliensystem konzipiertes *(asset based)* Register vor.

All diese Regelwerke samt dazu entstandenem Schrifttum und einschlägiger Rechtsprechung umfassend zu würdigen und gleichrangig zum Bezugspunkt der nachfolgenden Untersuchung zu machen, würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen. Im Zentrum stehen soll stattdessen primär *ein* Modellregelwerk. Dass hierfür auf **Buch IX DCFR** zurückgegriffen wird, hat mehrere **Gründe**: Es handelt sich einmal um ein relativ junges Produkt, in dessen Ausarbeitung Erfahrungen aus der Anwendung bereits länger bestehender Regelungsmodelle einfließen konnten. Das DCFR-System ist von Anfang an ausschließlich auf ein elektronisch geführtes, online leicht für jedermann zugängliches Register ausgerichtet und musste nicht erst einen Umbau von Papier- auf eine elektronische Registrierung bzw von ursprünglich lokal auf (bundesstaatlich) zentral geführte Register durchmachen, wie dies beispielsweise in den USA der Fall ist.[1919] Dagegen macht sich das

1914 Abrufbar unter <https://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>; eine inoffizielle deutsche Übersetzung ist verfügbar unter <https://www.unidroit.org/german/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>. Österreich ist der *Cape Town Convention* (derzeit 83 Vertragsstaaten) bisher nicht beigetreten, wohl aber die EG im Rahmen der ihr zukommenden Außenkompetenz; siehe den Beschluss des Rates vom 6. April 2009 zur Genehmigung des Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zu dem Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und zu dem zugehörigen Protokoll über Luftfahrzeugausrüstung, die gemeinsam am 16. November 2001 in Kapstadt angenommen wurden, ABl L 121 vom 15. 5. 2009, 3.

1915 Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Aircraft Equipment (Cape Town, 2001), abrufbar unter <https://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/aircraftprotocol.pdf>. Das auf dieser Grundlage eingerichtete und von Aviareto Ltd in Dublin betriebene Register für Internationale Sicherungsrechte an Luftfahrtgegenständen ist das bislang einzige auf Basis der Cape Town Convention bereits operative Registersystem.

1916 Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Railway Rolling Stock (Luxembourg, 2007), abrufbar unter <https://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/railprotocol.pdf>.

1917 Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets (Berlin, 2012), abrufbar unter <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/space-protocol>.

1918 Sog Mac-Protokoll: Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Mining, Agricultural and Construction Equipment (Pretoria, 2019), abrufbar unter <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/mac-protocol/>.

1919 Diesen Aspekt betont auch *Hamwijk,* Publicity 334. Der Umstieg von papiergebundenem auf elektronischen Betrieb ist in den bundesstaatlichen Umsetzungssystemen offenbar nach wie vor nicht völlig abgeschlossen; zB werden Registereinträge in manchen Bundesstaaten noch manuell vorgenommen *(Hamwijk* aaO, Stand 2014) bzw hat eine – nicht erschöpfende – Überprüfung im Herbst 2021 ergeben, dass in manchen Bundesstaaten Registrierungsansuchen wahlweise in Papierform oder elektronisch vorgenommen werden können (zB in Florida).

DCFR-System die durch den technischen Fortschritt geschaffenen Möglichkeiten sehr weitgehend zunutze.[1920] Erste nähere Untersuchungen weisen zudem etliche inhaltliche Vorteile des DCFR-Modells gegenüber dem UCC aus, sowohl was die effektivere Vermeidung von Prioritätskonflikten betrifft, als auch nach Gesichtspunkten der Kosteneffizienz.[1921] Der UCC ist daneben mit seinen zahlreichen Sonderregeln und aus europäisch-zivilrechtlicher Sicht oft nicht leicht zugänglichen Begrifflichkeiten kein besonders dankbarer Adressat für eine erste Annäherung an grundlegende Konzepte eines *notice-filing*-Systems. Noch weniger eignet sich Article 9 UCC in Hinblick auf Aufbau und Lesbarkeit als Vorbild für ein allfälliges österreichisches (oder europäisches, von Österreich mitzutragendes) Gesetzgebungsprojekt. Buch IX DCFR ist im Vergleich hierzu – trotz aller verbliebener Komplexität – deutlich besser verständlich, klarer gegliedert und damit allgemein aus europäischer Sicht wohl rezeptionsfreundlicher ausgefallen.

Für den DCFR spricht im vorliegenden Kontext einer österreichischen oder europäischen Reform darüber hinaus sein Selbstverständnis als »europäisches« Modellgesetz: Bei der Ausarbeitung hatte man die europäischen Rechtsordnungen, deren Eigenheiten und Probleme im Blick; und auch die erzielten Ergebnisse erweisen sich gerade mit kontinentaleuropäischen sachenrechtlichen Grundkonzepten deutlich besser kompatibel als jene des UCC.[1922] Schließlich waren die Verfasser von Buch IX DCFR erkennbar bemüht, voraussehbaren Vorbehalten gerade aus *civil-law*-Jurisdiktionen bei der Ausgestaltung innovativer Konzepte immer wieder entgegenzukommen.[1923] Und noch ein weiterer Aspekt lässt sich bereits in Ansätzen beobachten und mittelfristig noch verstärkt erwarten, nämlich dass das Regelungsmodell des Buchs IX DCFR in zunehmendem Maße zum Gegenstand vergleichender Forschungsarbeiten gewählt wird. Damit werden die in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen bestehenden Regelungsbedürfnisse quasi automatisch auf einen gemeinsamen Bezugspunkt projiziert und dessen Eignung zur Lösung der maßgeblichen Interessenkonflikte von unterschiedlichen Seiten

1920 So etwa mit der Möglichkeit, dass Registereinträge unmittelbar durch die Parteien (durch den Gläubiger mit Zustimmung des Sicherungsgebers) vorgenommen werden können, was menschliche Intervention unnötig macht und damit Verzögerungs- und Fehlerrisiken spürbar verringert. Ein zweiter Vorteil betrifft die zuverlässige Identifizierbarkeit des »korrekten« Sicherungsgebers, die im US-System, das auf den Namen des Sicherungsgebers abstellt, erhebliche praktische Schwierigkeiten aufwirft (vgl *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV[5] 172 ff), während das DCFR-Modell von Anfang an nur Registrierungen gegen einen zuvor eindeutig identifizierten Sicherungsgeber ermöglicht. Berechtigter Hinweis auch auf diese Aspekte bei *Hamwijk,* Publicity 334 f.

1921 Im Einzelnen wiederum *Hamwijk,* Publicity 349 ff.

1922 Entsprechender Befund bei *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 457; vgl auch *Kieninger,* Gestalt und Funktion einer »Registrierung« von Mobiliarsicherungsrechten, RNotZ 2013, 216 (218).

1923 Vgl etwa zum Erfordernis einer Zustimmung des Sicherungsgebers zur Registrierung durch den Gläubiger (näher unten V.D.2.b.(i.)) und zur letztlich gewahrten Sonderstellung des Eigentumsvorbehalts und äquivalenter Instrumente (unten V.B.3.).

evaluiert. Das kann der sukzessiven Annäherung an eine gemeinsame »beste Lösung« nur dienlich sein und gibt dem DCFR nebenbei eine Funktion, die sein Name schon in sich trägt: jene eines »gemeinsamen Referenzrahmens«.

Der unmittelbare Europa-Bezug des DCFR stellt auch einen der wesentlichen Gründe dafür dar, dessen Buch IX als Primärbezugspunkt dem Legislative Guide und Model Law von UNCITRAL vorzuziehen. Nicht nur fußt Buch IX DCFR auf einer die Rechtsordnungen Europas umfassenden Iststand- und Problemanalyse.[1924] Buch IX DCFR bedient sich bei aller inhaltlicher Anlehnung an die durch Article 9 UCC und den UNCITRAL Legislative Guide aufbereiteten Leitlinien in der Umsetzung auf Artikelebene doch auch verstärkt solcher dogmatischer Konzepte, die den Rechtskulturen Europas besonders vertraut sind (zB Gutglaubenserwerbsregeln und das Eigentum als Vollrecht beim Eigentumsvorbehalt) und trägt zT Bedenken, die europäische Rechtstraditionen typischerweise gegenüber dem amerikanischen UCC-Modell entwickeln, durch besondere Vorkehrungen Rechnung,[1925] die sich in vergleichbarer Form im UNCITRAL-Modell nicht finden. Daneben ist Buch IX DCFR, wenngleich dies auf den ersten Blick nicht unmittelbar erkennbar sein mag, gerade aus Perspektive deutscher oder österreichischer Juristinnen und Juristen auch regelungstechnisch »näher dran« an kontinentaleuropäischen Kodifikationen als die Regelungsvorschläge im UNCITRAL Model Law.

Ferner bietet sich der DCFR als Analyseobjekt in einer Untersuchung, der es um das Weiterspinnen von Entwicklungslinien und das Aufzeigen konkreter Entwicklungsperspektiven zu tun ist, aufgrund seiner Publikationsform an: Ähnlich einem Gesetzeskommentar liefert die DCFR Full Edition einen konkret ausformulierten Regelungsvorschlag, unmittelbar verbunden mit Erläuterungen zum Inhalt der Regelungen und zu deren rechtspolitischer Motivation.[1926] Damit lassen sich die inhaltlichen Vorschläge präzise auf den Punkt bringen, vergleichen und bewerten. Diese Vorteile gewährleisten die von UNCITRAL – jeweils im Abstand mehrerer Jahre – erstellten Dokumente letztlich nur in ihrem Zusammenspiel, stehen dem DCFR in puncto Informationsgehalt in Summe allerdings in nichts nach: Der ursprünglich verfasste Legislative Guide bündelt eine breiter geführte rechtspolitische Diskussion mit oft mehreren Alternativen in Empfehlungen, die im Vergleich mit gesetzlichen Tatbeständen regelmäßig einen geringeren

---

1924 Diese spiegelt sich zT in den Erläuterungen zu den Artikeltexten und darüber hinaus in den Zusammenfassungen des nationalstaatlichen Rechtsbestands *(National Notes)* in der zweiten und insoweit ausführlicheren Veröffentlichung von Buch IX DCFR in *Drobnig/Böger,* Principles of European Law: Proprietary Security in Movable Assets (2015), abgekürzt zitiert als PEL Prop Sec; vgl unter V.A.2.a. FN 1928.

1925 Als Beispiel für den letztgenannten Aspekt darf nochmals auf das Zustimmungserfordernis des Sicherungsgebers bei der vom Gläubiger vorgenommenen Registrierung verwiesen werden (hierzu unten V.D.2.b.(i.)).

1926 Vgl sogleich unter V.A.2.a.

Konkretisierungsgrad aufweisen. Wie ein empfohlenes Regelungskonzept im Detail funktionieren soll, wird aus dem Guide – durchaus seiner allgemeiner gehaltenen Zielsetzung entsprechend – nicht immer restlos deutlich. Das neun Jahre später fertiggestellte Model Law ist zunächst ohne eigene Erläuterungen erschienen. Die Regelungen lassen sich natürlich auf die Diskussion und die Empfehlungen im Legislative Guide rückbeziehen, eine unmittelbare vertiefende Erörterung der tatbestandlichen Fassung im Licht der verfolgten Ziele liegt aber in Gestalt des Model Law selbst zunächst noch nicht vor. Diese Funktion erfüllt großteils der kurz darauf publizierte Guide to Enactment aus 2017, der sich primär an staatliche Entscheidungsträger richtet und in einer artikelweisen Kommentierung der Regelungsvorschläge des Model Law deren Bedeutung und Funktionsweise im Regelungskontext erläutert sowie die maßgeblichen Zweckerwägungen durch Verweis auf Empfehlungen und Kapitel des Legislative Guide zugänglich macht und teilweise in eigenen Erläuterungen zusammenfasst. (Eher einfach gehaltene) Beispielsfälle zu praktisch häufigen Standardsituationen illustrieren die Bestimmungen des Model Law schließlich im Practice Guide von 2019/2020. In Hinblick auf diese verschiedenen Konkretisierungsebenen würde sich das UNCITRAL-Modell mittlerweile also in ähnlicher Weise für eine vertiefte Untersuchung anbieten wie Buch IX DCFR. In sachlicher Hinsicht bleibt daher in erster Linie die oben betonte stärkere »Europa-Nähe«, die den primären Fokus auf das DCFR-Modell zu rechtfertigen vermag.[1927]

Die primäre Orientierung an Buch IX DCFR soll aber natürlich einem vergleichenden Rückgriff auch auf andere *notice-filing*-Systeme wie insbesondere jenem des UNCITRAL-Modells und auch des Article 9 UCC nicht entgegenstehen. Ein solcher wird allerdings nicht in Form einer selbständigen Gesamtdarstellung, sondern in vertretbarem Ausmaß bei der Diskussion von Einzelaspekten erfolgen.

2. Das Regelungsmodell von Buch IX DCFR im Überblick

a. Allgemeines

Der von einem internationalen Forschernetzwerk erarbeitete und 2009 in einer sechsbändigen Abschlusspublikation (»Full Edition«) erschienene Draft Common Frame of Reference enthält in seinem Buch IX Regelungsvorschläge zum Mobiliar-

1927 Rein faktisch trat bei der Veröffentlichung des vorliegenden Werks der Aspekt zeitlicher Machbarkeit hinzu: Bei Abschluss der ursprünglichen Fassung im Jahr 2014 stand nur der Legislative Guide von 2007 zur Verfügung. Auf dieser Grundlage war die Entscheidung, den Fokus auf Buch IX DCFR zu legen, der zu diesem Zeitpunkt allein ein konkret ausformuliertes Regelungskonzept bereitstellte, eindeutig. Den Text später zum Zweck einer halbwegs gleichrangigen Einbeziehung des mittlerweile fertig vorliegenden UNCITRAL-Pakets wieder »aufzumachen«, schien in Hinblick auf die hierdurch resultierenden weiteren Verzögerungen (bei wohl überschaubarem inhaltlichem Mehrwert) nicht opportun.

sicherungsrecht. Für Buch IX war eine von *Ulrich Drobnig* geleitete Arbeitsgruppe der Study Group on a European Civil Code federführend. Die erwähnte »Full Edition« enthält neben den eigentlichen, in Artikelform abgefassten Modellregelungen auch erläuternde »Comments«, in denen die Funktion des jeweiligen Artikels erklärt und die rechtspolitische Begründung für den gewählten Ansatz dargelegt werden soll. Im Allgemeinen beinhaltet sie daneben zu jedem Artikel eine Übersicht zur jeweiligen Lösung der dort geregelten Rechtsfragen in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten in Form sog »Notes«.[1928] Aus Zeitgründen musste allerdings bei der Publikation von Buch IX in der DCFR Full Edition von 2009 von der Beifügung solcher »Notes« abgesehen werden. Dies wurde in einer 2015 erfolgten neuerlichen, in wenigen untergeordneten Einzelpunkten bereinigten und um eben jene »National Notes« ergänzten Fassung nachgeholt.[1929] Eine artikelweise Zuordnung des rechtsvergleichenden Materials fällt, wie sich letztlich auch in dieser aktualisierten Publikation zeigt, nicht immer ganz leicht, da Inhalt und Struktur des DCFR-Modells von den allermeisten zu diesem Zeitpunkt bestehenden europäischen Regelungsmodellen doch erheblich abweichen. In jedem Fall liegen aber neben den Artikeltexten die teils relativ ausführlichen »Comments« vor, die für eine inhaltliche Annäherung wertvolle Hilfestellung bieten.

Der DCFR ist – und versteht sich als – **Modellgesetz** ohne bindende Wirkung, eine Inspirationsquelle insbesondere für gesetzgebende Institutionen sowohl auf europäischer als auch auf nationalstaatlicher Ebene.[1930] Ob er quasi als versteckte Agenda weitergehende Ziele verfolgt, insbesondere zentrale Weichenstellungen für das »Ob« und »Wie« eines Europäischen Zivilgesetzbuchs vorwegnehmen will, wofür es ihm insbesondere an demokratischer Legitimität und Transparenz im Erarbeitungsprozess gebreche, ist Gegenstand ausführlicher und intensiv geführter

---

1928 Die sechsbändige Abschlusspublikation ist erschienen als *von Bar/Clive* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009), im Folgenden zitiert als »DCFR Full Edition«. Das hier im Vordergrund stehende Buch IX ist in Band 6 der DCFR Full Edition abgedruckt. Die Artikeltexte sind – nebst einer allgemeinen Einleitung – ferner publiziert in *von Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009), im Internet frei zugänglich unter <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf>.

1929 *Drobnig/Böger,* PEL Prop Sec (FN 1924). Im Regelfall wird in dieser Arbeit auf die ursprüngliche Publikation in der DCFR Full Edition verwiesen. Aufgrund der gleichbleibenden Struktur (Artikelbezeichnung, Gliederungsebenen der Comments) lassen sich die entsprechenden Fundstellen in den PEL Prop Sec allerdings durchgehend ebenso leicht erschließen.

1930 Aus der überbordenden Literatur beispielsweise *von Bar,* A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities, vol 12.1 EJCL (May 2008) = (2008) 23 Tul Euro Civ LF 37; *Hesselink,* The Common Frame of Reference as a Source or European Private Law, (2009) 83 Tul L Rev 919. Zu Arbeit und Arbeitsweise der im vorliegenden Kontext primär interessierenden Study Group on a European Civil Code *McGuire,* Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code, ZfRV 2006, 163.

Diskussionen geworden.[1931] Zu diesem Bereich wird hier kein Beitrag geleistet. Es geht mir in der Folge allein um eine inhaltliche Auseinandersetzung und Bewertung.

Zu Buch IX DCFR selbst hat eine erste Welle literarischer Aufarbeitung eingesetzt, wenngleich sie quantitativ weit hinter jener zum Vertragsrecht zurückbleibt.[1932] Die Resonanz auf die Vorschläge des DCFR zum Mobiliarsicherungsrecht in dieser Literatur fällt großteils positiv aus.[1933]

1931 Stellvertretend für die Reihe der Kritiker *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/N. Jansen/Wagner/Zimmermann,* Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529; *Legrand,* Antivonbar, (2006) 1 JCL 13; *Zimmermann,* The Present State of European Private Law, (2009) 57 Am J Comp L 479. – Siehe andererseits *Schulte-Nölke,* Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161.

1932 Das bisherige Schrifttum ist auch – so muss wohl hinzugefügt werden – für die in den Folgekapiteln ins Auge gefasste Detaildiskussion nur teilweise ergiebig, was die im Vergleich zu anderen Kapiteln reduzierte Nachweisdichte mit erklärt.

1933 Aus österreichischer Sicht *W. Faber,* JBl 2012, 341, 424; *ders,* Proprietary security rights in movables – European developments: A spotlight approach to Book IX DCFR, Juridica International 21 (2014) 27; *Schauer* in FS Kalus 451; ferner *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 435 ff; *Macdonald,* ZEuP 2009, 745; *Hamwijk,* Publicity 331 ff; *Kieninger,* RNotZ 2013, 216; *Veneziano,* Security rights in movables in the DCFR: general presentation, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives (2012) 305; *dies,* The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group, in *van Erp/Salomons/Akkermans* (Hrsg), The Future of European Property Law (2012) 123; *Dirix* in *Sagaert/Storme/Terryn,* Draft Common Frame of Reference (2012) 313; *Drobnig,* Basic issues of European rules on security in movables, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 444; zu Teilaspekten *Swinnen,* Property law accessories under the DCFR, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), Draft Common Frame of Reference (2012) 289; *Hamwijk,* Public Filing with Regard to Non-possessory Security Rights in Tangible Assets as Contemplated by the DCFR: Of No Benefit to Unsecured (Trade) Creditors, ERPL 2011, 613; *de Groot,* Three questions in relation to the scope of Book IX DCFR, in *van Erp/Salomons/Akkermans* (Hrsg), Future of European Property Law (2012) 137; *Rutgers,* Registered European Security Instrument in a Multilingual European Union, in *van Erp/Salomons/Akkermans* (Hrsg), Future of European Property Law (2012) 153. Grundsätzlich zustimmende Bezugnahme auf Buch IX DCFR weiters bei *Kreuzer* in *Basedow/Remien/Wenckstern,* Europäisches Kreditsicherungsrecht 31; *Drobnig,* Security Rights in Movables, in *Hartkamp/Hesselink/Hondius/Ch. Mak/du Perron* (Hrsg), Towards a European Civil Code⁴ (2011) 1025 (1040 f); *Aichinger,* ZfRV 2010, 273 (285); auf Basis von Vorarbeiten *Veneziano,* Mobiliarsicherungsrecht im zukünftigen akademischen gemeinsamen Referenzrahmen, in *Schmidt-Kessel* (Hrsg), Der gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung (2009) 125; *dies,* A Secured Transactions' Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditor's Enforcement Rights, Juridica International 14 (2008) 89; *Beale,* Secured Transactions, Juridica International 14 (2008) 96. – Überwiegend kritisch äußern sich hingegen folgende Autoren: Gegen den auch vom DCFR propagierten »*functional approach*« als aktuelle Entwicklungsperspektive für das deutsche und schweizerische Recht *Matz,* Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen – Reformüberlegungen auf rechtsvergleichender Grundlage (2014); eher reserviert gegenüber der Einführung eines *notice-filing*-Systems *Lwowski,* Ökonomische und rechtliche Anforderungen an ein optimal funktionierendes Mobiliarkreditsicherungsrecht aus der Sicht der Praxis, in *Basedow/Remien/Wenckstern* (Hrsg), Europäisches Kreditsicherungsrecht (2010) 173; Kritik noch ohne Bezug auf konkrete Textentwürfe zu Buch IX DCFR

Im Folgenden wird zur Erleichterung einer ersten Orientierung zunächst eine überblicksweise Einführung in die zentralen Konzepte und Regelungsmechanismen von Buch IX DCFR gegeben.[1934] Die nähere inhaltliche und wertende Auseinandersetzung folgt dann in den weiteren Abschnitten dieses Kapitels V. Die folgende Zusammenfassung konzentriert sich ferner auf jene Bereiche, hinsichtlich derer ein grundlegender Überblick für die weitere, breiter angelegte Diskussion unerlässlich erscheint.

b. Aufbau, Anwendungsbereich und »funktionaler Ansatz«

1. Buch IX DCFR umfasst insgesamt 131 Artikel, verteilt auf sieben Kapitel. Deren **Gliederung** reflektiert weitgehend bereits die konzeptionellen Grundstrukturen des DCFR-Modells: Nach Regeln zum Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen in Kapitel 1 wendet sich Buch IX den drei als getrennte Regelungsfragen verstandenen Bereichen der Entstehung des Sicherungsrechts als dingliches Recht (Kapitel 2: *Creation and coverage),* der Wirksamkeit gegenüber bestimmten Dritten (Kapitel 3, *Effectiveness against third persons)* unter Einschluss des Registersystems sowie den Regelungen über Rangverhältnisse (Kapitel 4: *Priority)* zu. Die Kapitel 2–4 betreffen damit in einem weiteren Sinne das Wirksamwerden und (Dritt-)Wirksambleiben des Sicherungsrechts, also jene Bereiche, die auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit im Zentrum stehen. Ihnen wird daher auch in weiterer Folge der Großteil der Aufmerksamkeit geschenkt. Kapitel 5 *(Predefault rules)* behandelt sodann verschiedene Fragen zur Phase zwischen Begründung und entweder Erlöschen oder Schlagendwerden der Sicherheit. Diesen beiden Alternativen sind die letzten beiden Kapitel des Buchs IX gewidmet (Kapitel 6: *Termination;* Kapitel 7: *Default and enforcement).*

2. Der **Anwendungsbereich** von Buch IX DCFR lässt sich mithilfe dreier Kriterien umreißen: Erfasst sind (1) dingliche Sicherungsrechte in einem weiten, funktional verstandenen Sinn,[1935] sofern sie (2) vertraglich begründet werden,[1936] am

---

schließlich bei *McCormack,* The CFR and Credit Securities – A Suitable Case for Treatment? in *Vaquer* (Hrsg), European Private Law Beyond the Common Frame of Reference – Essays in Honour of Reinhard Zimmermann (2008) 97. Tendenziell zurückhaltend auch die deutsche Lehrbuchliteratur zum Sachenrecht, wo dem DCFR und seinem Buch IX nun öfter eine kurze zusammenfassende Würdigung gewidmet ist; so bei *Brehm/Berger,* Sachenrecht[3] 488 f (Rn 30.15); allgemein kritisch zum *notice-filing*-Ansatz *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] 967 f (§ 64 Rn 148 ff); ohne Wertung *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] 1370 f (Rn 2376).

1934 Für eine ausführlichere Einführung und wN siehe *W. Faber,* JBl 2012, 341, 424; vgl daneben *W. Faber,* Juridica International 21 (2014) 27. Der folgende Text lehnt sich zT an die genannten Beiträge an.

1935 Vgl IX.–1:101 bis IX.–1:103 DCFR.

1936 Vgl IX.–1:101(1) DCFR.

Rande erweitert um Zurückbehaltungsrechte, die als echte dingliche Sicherheiten einschließlich Verwertungsrecht ausgestaltet sind.[1937] Der Anwendungsbereich erstreckt sich (3) auf bewegliche Sachen *(movable assets)* in einem umfassenden Sinn; also auf körperliche Sachen und unkörperliche Vermögenswerte aller Art, von Forderungsrechten über Wertpapiere und Gesellschaftsanteile bis hin zu Immaterialgüterrechten.[1938] Diese Vermögenswerte können gegenwärtige oder zukünftige sein.

In persönlicher Hinsicht werden keine Einschränkungen gemacht. Das Regelungsmodell erfasst also insbesondere auch die Bestellung von Sicherungsrechten durch Verbraucher. Für letzteren Fall sind in verschiedenen Bereichen Sonderregelungen vorgesehen.[1939] Wirklich ausgenommen sind lediglich Sicherungsrechte für Mikrokredite; bei Überschneidungen mit Regelungen eines einschlägigen internationalen Übereinkommens (zB der erwähnten Cape Town Convention) besteht die Vermutung eines Anwendungsvorrangs der Konventionsregeln.[1940]

3. Eine erste zentrale Weichenstellung konzeptioneller wie rechtspolitischer Natur ergibt sich aus IX.–1:102 DCFR, insbesondere aus dessen Absätzen (3) und (4). Diese implementieren den bereits mehrfach erwähnten funktionalen Ansatz ***(functional approach),*** womit für den Bereich des Mobiliarsicherheitenrechts gemeint ist, dass sämtliche dinglich wirkenden Rechtsinstrumente, die *funktional der Sicherung einer Forderung dienen,* als ***security right*** in einem einheitlichen Regelungsregime mit einheitlichen Rechtsfolgen zusammengefasst werden. Dieses Konzept umfasst »klassische« beschränkte dingliche Rechte wie das Pfand (IX.–1:102(1) DCFR) ebenso wie Sicherungen mittels Vollrechtsübertragung wie Sicherungsübereignung, Sicherungszession, Sale-and-lease-back-Transaktionen und den Verkauf auf Wiederkauf (IX.–1:102(3) und (4) DCFR). Im Ergebnis wird eine von den Parteien als Vollrechtsübertragung vereinbarte Sicherheit somit kraft gesetzlicher Anordnung auf ein beschränktes dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung aus der belasteten Sache »herabgestuft«.

Von diesem grundlegenden Ansatz macht der DCFR eine wesentliche Ausnahme dann, wenn Eigentum nicht zur Sicherheit übertragen, sondern bei Lieferung einer Sache zu Sicherungszwecken zurückbehalten wird; also beim Eigentumsvorbehalt und etwa beim Finanzierungsleasing. Für diese in der DCFR-Terminologie sog ***retention of ownership devices*** (IX.–1:103 DCFR) gelten in be-

---

1937 Siehe insbesondere IX.–2:114 DCFR. Unter welchen Voraussetzungen solche Zurückbehaltungsrechte entstehen können, wird in Buch IX DCFR nicht geregelt; IX.–2:114 DCFR verweist hierfür auf etwa bestehende vertragliche oder gesetzliche Regelungen.

1938 Vgl die Definition des Begriffs *movables* im Annex zum DCFR.

1939 Insbesondere im Bereich der Verwertung, zB IX.–7:103(2). Weitere Beispiele bei *W. Faber,* JBl 2012, 341 (346 FN 28).

1940 Zu diesen Ausnahmen siehe IX.–1:105(1) bzw (2).

stimmten Bereichen Sonderregeln, nämlich bei der Begründung *(creation)* und besonders bei der Verwertung.[1941] Im Übrigen erklärt IX.–1:104 DCFR die für *security rights* geltenden Bestimmungen auch auf *retention of ownership devices* für anwendbar. Im Ergebnis bleibt das Regime, was Unterscheidungen in Hinblick auf die Rechtsform der Sicherheit betrifft, somit relativ einheitlich.

c. Creation, effectiveness, priority

Eine zweite zentrale Weichenstellung – wiederum zunächst konzeptioneller Natur, hier allerdings mit durchaus praktisch erheblichen Konsequenzen – betrifft grob gesprochen die Frage, unter welchen Voraussetzungen welche Rechtswirkungen eines Sicherungsrechts eintreten. Zur Erinnerung: Nach österreichischem Recht und vielen anderen Rechtsordnungen treten sämtliche Rechtswirkungen der Sicherheit in ein und demselben Zeitpunkt ein, nämlich dann, wenn sämtliche Entstehungsvoraussetzungen erstmals kumulativ erfüllt sind (zB wenn der Pfandbestellungsvertrag geschlossen und das Pfandobjekt übergeben ist).[1942] Der DCFR löst dieses »sachenrechtliche Alles-oder-Nichts-Prinzip« in drei separate Regelungsaspekte auf, die jeweils an eigenständige Voraussetzungen geknüpft sind und lediglich die ihnen jeweils zugeordneten Rechtsfolgen auslösen: *creation, effectiveness* und *priority.*[1943]

1. Das in Kapitel 2 von Buch IX DCFR geregelte Konzept der ***creation*** bezeichnet die Entstehung des Sicherungsrechts als dingliches Recht *(security right* oder *retention of ownership device* entsprechend der obigen Zweiteilung), was insbesondere zur Verwertung nach Kapitel 7 berechtigt. Eine volle absolute Wirkung gegenüber jedermann ist hiermit noch nicht erreicht: Die Wirksamkeit des Sicherungsrechts gegenüber *bestimmten* Dritten erfordert im Regelfall die Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen, die im nachfolgenden Kapitel 3 zur *effectiveness against third persons* geregelt sind. Gewisse Drittwirkungen – nämlich soweit sie nicht nach Kapitel 3 dem Konzept der *effectiveness* oder nach Kapitel 4 jenem der *priority* vorbehalten sind – setzten allerdings bereits mit *creation* ein. Im Besonderen kann nach erfolgter *creation* ein nachfolgender Sacherwerber unbelastetes Eigentum an der (körperlichen) Sache nur mehr unter den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs erlangen.[1944] Entsprechendes gilt, wenn an einer bereits belasteten körperlichen Sache, ohne dass der Sicherungsgeber zur lastenfreien

1941 Vgl Comment B zu IX.–1:102, DCFR Full Edition 5392.

1942 Vgl III.A.1.b. zum österreichischen Recht.

1943 Illustrative Analyse bei *Macdonald,* ZEuP 2009, 745 (769); vgl daneben *W. Faber,* JBl 2012, 341 (348); Comment B zu IX.–2:101, DCFR Full Edition 5409 f.

1944 VIII.–3:102 iVm IX.–6:102 DCFR und *W. Faber,* JBl 2012, 341 (349). Weitere Beispiele zu bereits bei *creation* eintretenden Drittwirkungen in Comment B zu IX.–2:101, DCFR Full Edition 5409 f.

Verfügung ermächtigt ist, ein vorrangiges Sicherungsrecht eingeräumt wird: Der neue Gläubiger kann ein von der Vorlast freies Sicherungsrecht nur kraft guten Glaubens erwerben.[1945]

Die Voraussetzungen einer wirksamen *creation* sind in Kapitel 2 einigermaßen detailreich geregelt, was zum Teil daran liegt, dass der konzeptionelle Dreischritt *creation–effectiveness–priority* für eine Reihe von Sonderkonstellationen[1946] zu durchlaufen ist. Diesbezügliche Einzelheiten interessieren an dieser Stelle noch nicht. Vorerst genügen drei Aspekte: Aufgrund der trotz *functional approach* verbliebenen (praktisch nicht allzu gravierenden) Unterscheidung in verschiedene Sicherungs-Rechtsformen finden sich rechtstechnisch getrennte Regelungen für die *creation* von *security rights* im technischen Sinn, also reinen Befriedigungsrechten (IX.–2:101 ff DCFR) und *retention of ownership devices* (IX.–2:201 DCFR). Im Rahmen dieser Einführung genügt ein Blick auf die erstgenannte Kategorie: Solche *security rights* iSv beschränkten dinglichen Befriedigungsrechten können – das ist der zweite Aspekt – auf drei verschiedene Arten begründet werden (IX.–2:101 DCFR): nämlich entweder durch *granting* (Einräumung) an einer dem Sicherungsgeber bereits gehörenden Sache;[1947] oder durch *retention* (Vorbehalt) bei Veräußerung des Sicherungsguts;[1948] oder schließlich durch Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts.[1949]

Der dritte Aspekt betrifft die Voraussetzungen der *creation* im Einzelnen – bzw das Verständnis dessen, was diese gerade nicht voraussetzt. Auch hier können wir uns mit einem Beispiel begnügen, und zwar dem des praktischen Hauptfalls, der *creation* eines *security rights* durch *granting.* Hierfür verlangen IX.–2:102 iVm IX.–2:105 DCFR neben der Verkehrsfähigkeit des Sicherungsguts und dem Bestehen einer Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers zunächst, dass sowohl das vereinbarte Sicherungsobjekt *(asset)* als auch die gesicherte Forderung *(secured*

1945 Siehe IX.–2:109 DCFR. Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist gering, da die Gutgläubigkeit des Erwerbers im Fall der Registrierung des ersten Sicherungsrechts gegen den Sicherungsgeber ausgeschlossen ist (IX.–2:109(2) DCFR). Kommt es dennoch zu einem derartigen Gutglaubenserwerb, muss der Erwerber im Verhältnis zum früher Berechtigten (aber auch nur im Verhältnis zu diesem) die Voraussetzungen der *effectiveness* nach Kapitel 3 nicht erfüllen (IX.–3:101(3) DCFR) und besteht auch ohne weiteres Priorität gegenüber diesem (IX.–4:101(5) DCFR); vgl hierzu Comments A und D zu IX.–2:109, DCFR Full Edition 5433 und 5438 f.

1946 Vgl insbesondere die in IX.–2:301 ff DCFR angeordneten Regeln für die *creation* von Sicherungsrechten an bestimmten Typen von Vermögenswerten (zB Gesellschaftsanteilen) und für Fälle der Verarbeitung etc. Für *retention of ownership devices* gelten diese Bestimmungen kraft Verweises in IX.–1:104(1)(b) DCFR.

1947 Dieser Vorgang entspricht der klassischen Einräumung eines Pfandrechts an der dem Pfandbesteller gehörenden Sache. Nähere Regelungen enthalten IX.–2:105 ff DCFR.

1948 Dieser Begründungsvorgang ist mit dem uns geläufigen Eigentumsvorbehalt vergleichbar, mit dem Unterschied, dass der Sicherungsnehmer (zB Verkäufer) sich nicht Eigentum, sondern ein beschränktes dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung zurückbehält. Die *creation* eines *security right* durch *retention* wird in IX.–2:113 DCFR geregelt.

1949 IX.–2:114 DCFR.

right) existieren. Zudem muss der Sicherungsnehmer aufgrund eines Verpflichtungsgeschäfts *(contract for proprietary security)* einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung der Sicherheit haben *(entitlement)* und ein wirksames Verfügungsgeschäft *(agreement »on the granting«)* abgeschlossen sein. Schließlich muss das Sicherungsgut spezifiziert sein *(specified by the parties).* Nicht erforderlich für die *creation* des Sicherungsrechts ist somit eine Übertragung von Besitz oder die Vornahme einer Registrierung.

2. Derart zusätzliche Voraussetzungen müssen aber erfüllt sein, um ***effectiveness** against third persons* im Sinne von Kapitel 3 herbeizuführen. Auch hier gilt im Umkehrschluss: Sonstige Voraussetzungen, wie die oben zur *creation* aufgeführten, sind zum Eintritt der *effectiveness* nicht erforderlich. Im Einzelnen sind – teilweise abhängig von der Art des Sicherungsguts – drei verschiedene **Methoden** zum Bewirken einer solchen *effectiveness* vorgesehen (IX.–3:102 DCFR): Allgemeines, für alle Typen von Vermögenswerten geeignetes und letztlich gewissermaßen als Leitbild fungierendes Mittel ist die **Registrierung** des Sicherungsrechts in einem einheitlichen Europäischen Mobiliarsicherheitenregister.[1950] Die Registrierung kann, da *effectiveness* und *creation* wie erwähnt an völlig unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft werden, auch schon vor Eintritt der *creation,* und zwar insbesondere auch bereits vor Abschluss des Sicherungsvertrags erfolgen (sog *advance filing,* IX.–3:305(2) DCFR). Damit ist es beispielsweise möglich, einem potentiellen Gläubiger bereits in einer sehr frühen Phase (zB noch im Laufe von Kreditverhandlungen) eine gesicherte Position zu »reservieren«, die sich später durch Erfüllung aller *creation*-Voraussetzungen zu einem vollwertigen Sicherungsrecht auswächst. Alternativ kommt für bewegliche körperliche Sachen das Bewirken von *effectiveness* durch **Besitzausübung** am Sicherungsgut in Betracht.[1951] Für bestimmte unkörperliche Sachen wiederum, nämlich sog *financial assets* und *financial instruments,*[1952] kann *effectiveness* alternativ zum Registereintrag durch Ausübung von »Kontrolle« ***(control)*** über die belasteten Vermögenswerte erzielt werden.[1953] Das Konzept der (Dritt-)Wirksamkeit durch Verschaffung von Besitz oder Kontrolle ist dem österreichischen Recht im Bereich der Finanzsicherheiten

1950 IX.–3:102(1) und IX.–3:301 ff DCFR.

1951 IX.–3:102(2)(a) und IX.–3:201 ff DCFR mit ergänzenden Regelungen zur Wirkung der Besitzausübung über bestimmte Wertpapiere *(negotiable documents of title, negotiable instruments, certificated shares* und *certificated bonds):* Bewirkung der *effectiveness* für den durch das Dokument repräsentierten Vermögenswert.

1952 Definitionen dieser Begriffe finden sich in IX.–1:201(6) und (7) DCFR.

1953 IX.–3:102(2)(b) und IX.–3:204 DCFR. Der Tatbestand der *control* ist beispielsweise verwirklicht, wenn ein Finanzinstitut angewiesen ist, Verfügungen durch den Sicherungsgeber über die auf einem Konto bei diesem Finanzinstitut gebuchten Titel nicht ohne Zustimmung des Gläubigers vorzunehmen (vgl IX.–3:204(2)(a) DCFR).

bereits geläufig; allerdings wird der Tatbestand der »Kontrolle« in den einschlägigen Bestimmungen[1954] nicht näher definiert.

Das Vorstehende gilt im Grundsatz auch für Sicherungsrechte betreffend Anschaffungsfinanzierungen, insbesondere für den Eigentumsvorbehalt: Diese bedürfen zur Bewirkung der *effectiveness* prinzipiell der Registrierung.[1955] Hierfür bestehen allerdings einige Sonderbestimmungen.[1956]

Wie angedeutet bezieht sich die mit dem Konzept der *effectiveness* herbeigeführte Drittwirkung nicht auf sämtliche, sondern nur auf bestimmte Dritte.[1957] Welche Dritten erfasst sind, legt IX.–3:101(1) DCFR fest. Danach sind die oben umrissenen Voraussetzungen der *effectiveness* erforderlich für die Wirksamkeit des Sicherungsrechts (a) gegenüber **Personen, denen dingliche Rechte** an der betreffenden Sache **zustehen** *(holders of proprietary rights).* Gemeint sind insbesondere sonstige Inhaber von effektiven dinglichen Sicherungsrechten an derselben Sache, Inhaber von sonstigen beschränkten dinglichen Rechten am Sicherungsgut (zB Fruchtgenussrecht an einem GmbH-Anteil) und der Eigentümer im Fall des gutgläubigen Erwerbs bei Verfügung durch einen Nichtberechtigten. Hat hingegen der Eigentümer selbst das Sicherungsrecht bestellt, wirkt dieses ihm gegenüber schon mit *creation.*[1958] Vom Konzept der *holders of proprietary rights* iSd IX.–3:101(1)(a) DCFR nicht erfasst sind schließlich Dritte, die ein dingliches Recht an der Sache nicht bereits innehaben, sondern erst erwerben wollen: Diesen gegenüber wirkt das Sicherungsrecht wie erwähnt bereits ab *creation.* Ein lastenfreier Erwerb ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, hängt jedoch von der Erfüllung spezieller Gutglaubenserwerbsvoraussetzungen ab.[1959] Zweite Kategorie

---

1954 § 3 Abs 1 Z 16 FinSG idF BGBl I 2013/184.

1955 IX.–3:107(1) DCFR schreibt dies ausdrücklich vor.

1956 Insbesondere eine *grace period* von 35 Tagen ab Lieferung (IX.–3:107(2) DCFR) und eine generelle Ausnahme vom Registrierungserfordernis bei der Sicherung von Anschaffungsfinanzierungen zugunsten eines Verbrauchers (IX.–3:107(4) DCFR).

1957 Das Konzept der *effectiveness* sollte daher nicht pauschal mit »Drittwirksamkeit« wiedergegeben werden, ebensowenig jenes der *creation* mit »Wirkung inter partes«; vgl *W. Faber,* JBl 2012, 341 (349); ebenso zum UCC *Kieninger,* RNotZ 2013, 216 (223).

1958 Zu den genannten Beispielen vgl Comment B zu IX.–3:101, DCFR Full Edition 5475. Für das Verhältnis zwischen einem gutgläubigen Erwerber und dem früheren dinglich Berechtigten trifft IX.–3:101(3) DCFR eine Sonderregel: Gegenüber dem früheren Berechtigten aus einem *retention of ownership device* oder Inhaber eines Sicherungsrechts, gegen den sich der Erwerber des Sicherungsrechts kraft guten Glaubens durchgesetzt hat (IX.–2:108 bzw IX.–2:109 DCFR) besteht *effectiveness* auch ohne die Voraussetzungen des Kapitels 3. Für *effectiveness* gegenüber anderen Dritten (zB dem Insolvenzverwalter) muss aber auch der gutgläubige Sicherungsrechtserwerber die Voraussetzungen des Kapitels 3 erfüllen.

1959 Vgl oben Abschnitt 1. bei FN 1944 und 1945. Auch im Rahmen dieser Gutglaubenserwerbsregeln spielt eine erfolgte Registrierung des älteren Sicherungsrechts (sofern sie gegen den Rechtsübertrager besteht) eine entscheidende Rolle: Sie schließt die Gutgläubigkeit des Erwerbers grundsätzlich aus. Vgl IX.–2:109(2) DCFR zum gutgläubigen Erwerb eines Sicherungsrechts frei von einem älteren Sicherungsrecht und entsprechend IX.–2:108(2) DCFR zum gutgläubigen Erwerb

von Personen, denen gegenüber die Wirksamkeit des Sicherungsrechts von der Erfüllung der *effectiveness*-Voraussetzungen abhängt, sind (b) **Exekutionsgläubiger,** die bezogen auf das Sicherungsgut eine Einzelzwangsvollstreckung eingeleitet und nach dem anwendbaren Recht eine Position erlangt haben, die sie gegenüber nachfolgenden Zwangsvollstreckungsmaßnahmen absichert. Schließlich (c) hängt an der *effectiveness* die Wirkung des Sicherungsrechts gegenüber dem **Insolvenzverwalter** über das Vermögen des Sicherungsgebers. Die Kategorien (b) und (c) repräsentieren jene Gläubiger, die ursprünglich ungesichert kreditiert haben. Dass ungesicherte Gläubiger in anderen als den erwähnten Funktionen nicht Erwähnung finden, wird sich daraus erklären, dass nur in diesen beiden Fällen (Exekutionsführung, Eröffnung eines Insolvenzverfahrens) bereits ein Konflikt um den Zugriff auf die vom Sicherungsrecht erfassten Vermögenswerte vorliegt. Davor stellt sich die Frage einer Regelung im Grunde nicht.

3. Kapitel 4 *(priority)* schließlich regelt das Rangverhältnis zwischen verschiedenen Sicherungsrechten (einschließlich *retention of ownership devices)* sowie zwischen Sicherungsrechten und anderen beschränkten dinglichen Rechten an derselben Sache. Als Grundregel gilt gemäß IX.–4:101 DCFR das traditionelle Prinzip des Altersvorrechts: Das ältere Recht geht dem jüngeren vor ***(prior tempore potior iure).*** Der für diese Ermittlung maßgebliche Zeitpunkt ist für Sicherungsrechte jener der Registrierung oder jener Zeitpunkt, zu dem das Sicherungsrecht auf andere Weise *effective* wurde, je nachdem, welcher Zeitpunkt der frühere ist. Für andere beschränkte dingliche Rechte wird auf den Zeitpunkt ihrer *creation* abgestellt.[1960] Das grundsätzliche Zusammenspannen von *effectiveness* und *priority* bei Sicherungsrechten – unter gleichzeitiger Entkopplung von der *creation* und den dafür erforderlichen Voraussetzungen – eröffnet einige praktisch bedeutsame (gläubigerfreundliche) Gestaltungsmöglichkeiten: Im Wege des bereits erwähnten *advance filing* (Registrierung vor *creation)* kann dem Gläubiger bereits früh eine exekutions- und insolvenzfeste sowie rangwahrende Position verschafft werden. Daneben kann (weil die Existenz der gesicherten Forderung nur Tatbestandsvoraussetzung der *creation* ist) ein günstiger Rang für den Fall einer späteren Kreditausweitung reserviert werden. Schließlich erleichtert dieses Konzept auch die

---

eines Sicherungsrechts frei von einem älteren *retention of ownership device.* Zum gutgläubigen Erwerb von lastenfreiem Eigentum siehe IX.–6:102(2) DCFR mit einer Ausnahme bei Erwerb im ordentlichen Geschäftsbetrieb des Veräußerers (Subparagraph (a)).

1960 IX.–4:101(2)(a) bzw (b) DCFR. Neben diesen Hauptgrundsätzen finden sich auch ausdrückliche Regelungen für sonstige denkbare Konfliktsituationen: Einem *effective security right* kommt nach IX.–4:101(3) DCFR stets Vorrang gegenüber einem *ineffective security right* zu, auch wenn die *creation* des letzteren früher erfolgt ist. Die Rangfolge zwischen mehreren *ineffective security rights* bestimmt sich nach dem Zeitpunkt ihrer *creation* (IX.–4:101(4) DCFR). Rangverhältnisse in Bezug auf gutgläubig erworbene Sicherungsrechte bestimmen sich nach IX.–4:101(5) DCFR.

Begründung von Sicherungsrechten an künftigen (erst zu erwerbenden oder zu schaffenden) Vermögenswerten, seien diese »global« bzw durch generische Umschreibung bestimmt oder nur an konkreten Vermögensstücken in Aussicht genommen: Denn eine *identification* des Sicherungsguts im eigentlichen Sinne ist wiederum nur für die *creation* Tatbestandsvoraussetzung, welche aber ohne weiteres erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann, sofern nur *effectiveness* und Priorität bereits durch frühzeitige Registrierung gesichert sind. Und für die Registrierung werden an die Angaben zum Sicherungsgut im DCFR deutlich niedrigere Anforderungen gestellt[1961] – im Gegensatz zu anderen Registrierungssystemen, die eine genaue Identifizierung des Sicherungsguts im Register selbst oder zumindest als Voraussetzung für die Vornahme einer Registrierung verlangen.[1962]

Von der grundsätzlichen *prior-tempore*-Regel besteht eine wesentliche Ausnahme: IX.–4:102 DCFR sieht sog **Superprioritäten** *(superpriorities)* vor: Bestimmte Sicherungsrechte genießen gegenüber genau bestimmten anderen Rechten auch dann den Vorrang, wenn sie später *effective* wurden. Wichtigstes Beispiel sind Sicherungsrechte für Anschaffungsfinanzierungen (im DCFR sog *acquisition finance devices)*[1963] wie der Eigentumsvorbehalt: Ist ein solches Sicherungsrecht *effective,* geht es jedem anderen Sicherungsrecht oder sonstigen beschränkten dinglichen Recht vor, das durch den Sicherungsgeber begründet wurde.[1964] Eine zweite Superpriorität besteht für Sicherungsrechte an *financial assets,* die mittels Besitz oder Kontrolle *effective* gemacht werden: Diese haben Vorrang gegenüber jeglichem Sicherungsrecht oder anderem beschränkten dinglichen Recht an derselben Sache.[1965] Schlussendlich genießen Zurückbehaltungsrechte Superpriorität gegenüber jedem anderen Recht am Retentionsgegenstand.[1966]

d. *Das Registersystem (notice filing)*

Zum letztlich relativ komplex geregelten[1967] Registersystem des DCFR müssen im Rahmen dieser Einführung einige grundlegende Angaben genügen.[1968]

1961 Zu den Anforderungen an eine Spezifizierung des Sicherungsguts im Register bzw im Rahmen der *creation* vgl im Einzelnen unten V.C.2.a.

1962 Hierzu zählen etwa das neue *gage*-Register in Frankreich (siehe IV.C.2.e.(i.): zwingender Inhalt des Registrierungsantrags) und das neue belgische Registersystem (oben IV.D.4.b. unter 1. bzw 5.). Identifizierung im Register selbst verlangt ferner der österreichische Entwurf eines »Gesetzes über ein Register für Mobiliarsicherheiten« aus 2007 (vgl unten V.A.3.).

1963 Einführung in dieses Konzept unten V.A.2.e. unter 1.

1964 IX.–4:102(1) DCFR. Näher zu diesem Konzept und seinen praktischen Konsequenzen unten V.E.2.c.

1965 IX.–4:102(2) DCFR.

1966 IX.–4:102(3) DCFR.

1967 Die zentralen Regelungen finden sich in Section 3 des Kapitels 3 (IX.–3:301 bis IX.–3:333 DCFR).

1968 Eingehenderer Überblick bei *W. Faber,* JBl 2012, 341 (351 ff); *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 439 ff. Empfehlenswerte Einführung in die Grundzüge des *notice filing*-Ansatzes im Allgemeinen ferner bei *Kieninger,* RNotZ 2013, 216.

1. Das Mobiliarsicherheitenregister des DCFR versteht sich als elektronisch geführtes, als Personalfoliensystem konzipiertes, einheitliches europäisches Register *(European register of proprietary security).* Eintragungen werden (unter der Voraussetzung einer Zustimmung des Sicherungsgebers) unmittelbar durch den gesicherten Gläubiger vorgenommen, ohne dass eine Registrierungsbehörde den Inhalt oder gar die Richtigkeit der gemachten Angaben vor dem Aufscheinen im Register zu prüfen hat. Neben der Registrierung erfolgt auch die – jedermann offenstehende[1969] – Recherche im Register online. Das soll nicht nur die Kosten minimal halten, sondern auch eine rasche, im Grunde unmittelbare Datenverarbeitung gewährleisten, sodass »Drittwirksamkeit« und Rangwahrung ohne Zeitverlust und daraus resultierenden Risiken bewirkt werden können. Ein weiteres allgemeines Charakteristikum des DCFR-Registers ist sein umfassender Ansatz: Es erfasst sämtliche *security rights* im technischen Sinne wie auch *retention of title devices* und sonstige Sicherungsformen für Anschaffungsfinanzierungen; also insbesondere den klassischen Eigentumsvorbehalt.[1970] Registereinträge erlöschen im Übrigen automatisch nach fünf Jahren, sofern nicht rechtzeitig eine Verlängerung erfolgt.[1971]

2. Die Eintragung bzw das Aufscheinen im Register hat keinen konstitutiven Effekt auf die Begründung *(creation)* oder das Erlöschen *(termination)* des Sicherungsrechts als dingliches Recht. Das ergibt sich einerseits aus bereits Gesagtem: Die Registrierung ist (alternative) Voraussetzung für die *effectiveness* und damit mittelbar für die Prioritätswirkung, nicht aber für die *creation.* Zweitens korreliert diese – im Vergleich etwa zum Grundbuch österreichischer oder deutscher Prägung gewissermaßen herabgestufte – Rechtswirkung des Registereintrags mit dem Informationsgehalt und Informationswert des Registers: Die aus dem Register beziehbare Information muss nicht besonders exakt und detailliert sein. Sie kann sich letztlich auf einen Hinweis beschränken, dass ein Sicherungsrecht **bestehen könnte.** Die aus dem Register ersichtliche Mindestinformation umfasst demgemäß:[1972]

a. Name und Kontaktdaten des **Sicherungsgebers** (als zentralen Bezugspunkt des Personalfoliensystems);
b. Name und Kontaktdaten des gesicherten **Gläubigers;**
c. den **Zeitpunkt der Registrierung** (als wesentlichen Bezugspunkt für die Bestimmung der Rangverhältnisse); und

1969 IX.–3:317 DCFR.
1970 Zu allem Vorstehenden vgl Comment C zu IX.–3:301, DCFR Full Edition 5497 f. Zum grundsätzlichen Registrierungserfordernis hinsichtlich der *effectiveness* schon oben V.A.2.c. unter 2.
1971 Siehe im Einzelnen IX.–3:325 und IX.–3:326 DCFR.
1972 IX.–3:308(a)–(d) DCFR mit teilweisem Verweis auf IX.–3:306(1)(b) und (c) DCFR.

d. eine »**Minimalangabe**« *(minimum declaration)* betreffend das **Sicherungsgut** sowie – durch Anklicken in einer vorgegebenen Liste – eine Angabe darüber, zu welcher **Kategorie** (oder welchen Kategorien) von Vermögenswert(en) das Sicherungsgut gehört.

Nicht erforderlich ist damit eine präzise Identifizierung des Sicherungsguts im Register. Sie ist aber möglich, wenn die Parteien dies wünschen.[1973] Ebenfalls nicht erforderlich sind wie immer geartete Angaben zur gesicherten Forderung. Als freiwillige Zusatzinformation möglich ist allerdings die Angabe eines Höchstbetrags der Sicherheit.[1974] Schließlich kann aus dem Register nicht verlässlich ersehen werden, ob das Sicherungsrecht tatsächlich wirksam entstanden ist und weiterhin fortbesteht. Denn die für Ersteres maßgebliche *creation* ist, wie mehrfach erwähnt, von der Registrierung entkoppelt; und Fragen des Erlöschens sind in Kapitel 6 wiederum grundsätzlich unabhängig vom Bestand eines Registereintrags geregelt.[1975] Mittelbar bedeutsam für das Fortbestehen des Sicherungsrechts kann die Registrierung allerdings insoweit sein, als eine bestehende Registrierung den Verlust der Sicherung durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten grundsätzlich ausschließt; Ausnahmen sind allerdings bei Veräußerung im ordentlichen Geschäftsbetrieb sowie dann vorgesehen, wenn der Registereintrag sich auf eine andere Person als den Veräußerer bezieht.[1976]

3. Ein interessierter Dritter kann also, da das Register zwar eine Warnung, aber keine völlig verlässliche Auskunft über das tatsächliche Bestehen eines Sicherungsrechts und die betroffenen Vermögenswerte bietet, auf **zusätzliche Informationen** angewiesen sein. Das ist eine bewusste Systementscheidung: Gewisse, nicht allzu detaillierte und nicht notwendigerweise valide Informationen sollen jedermann aus dem Register sehr leicht zugänglich sein. Für nähere und verlässliche Informationen sind zusätzliche Nachforschungen erforderlich; und diese Informationen erhält auch nicht jedermann ohne weiteres. Das vom DCFR hierfür in Anlehnung an andere *notice-filing*-Systeme etablierte Konzept ist folgendes: Auskunftsquelle auf dieser zweiten Stufe des Informationssystems ist der **gesicherte Gläubiger**, dessen Name und Kontaktdaten aus dem Register ersichtlich sind. Sofern der Sicherungsgeber der Auskunftserteilung zustimmt, ist der Gläubiger sogar

---

1973 Zusätzliche Angaben zum Sicherungsgut und/oder zum Inhalt des Sicherungsrechts sind optionaler Zusatzinhalt des Registereintrags; vgl IX.–3:307(a) iVm IX.–3:308(e) DCFR.

1974 IX.–3:307(c) iVm IX.–3:308(e) DCFR.

1975 Vgl insbesondere IX.–6:101 DCFR. Zu unterscheiden vom hier angesprochenen Erlöschen des Sicherungsrechts (quasi als Gegenstück zur *creation)* ist das oben erwähnte Erlöschen des Registereintrags (zB nach Ablauf von fünf Jahren, vgl oben bei FN 1971): Letzteres bewirkt nur den Entfall der *effectiveness* (und daran gekoppelt jenen des bisherigen Ranges); *effectiveness* kann aber durch neuerliche Registrierung neu begründet werden.

1976 IX.–6:102 (insbesondere dessen Abs (2)) iVm VIII.–3:102 DCFR.

verpflichtet, dem interessierten Dritten Auskunft über das Bestehen des registrierten Sicherungsrechts und die von diesem erfassten Vermögenswerte zu geben.[1977] Über die Höhe der gesicherten Forderung ist der Gläubiger nur gegenüber dem Sicherungsgeber auskunftspflichtig; dieser kann allerdings verlangen, dass die Information einer dritten Person erteilt wird.[1978] Der Sicherungsgeber hat es damit letztlich selbst in der Hand, wer über die relativ allgemein gehaltenen Registerinformationen der ersten Stufe hinaus detaillierten Einblick in Art und Umfang der Belastung seines Vermögens erhält. Diesen Einblick wird er dann gewähren, wenn er sich hiervon Vorteile – Kreditgewährung oder -prolongation, sonstige Geschäfte etc – erwarten kann.

e. Ausgewählte weitere grundlegende Aspekte

Im Kontext der vorliegenden Arbeit verdienen einige weitere Gesichtspunkte zumindest kurzer einführender Erwähnung:

(i.) Besicherung von Anschaffungsfinanzierungen

Eine gewisse Sonderstellung nehmen, wie bereits mehrfach angeklungen, Sicherungsinstrumente für Anschaffungsfinanzierungen in einem weiten Sinne ein. Diese Besonderheiten betreffen unterschiedliche Aspekte und ergeben sich zudem für unterschiedliche Kreise von Sicherungsformen.[1979]

1. Auf die erste Besonderheit wurde bereits einleitend hingewiesen; sie betrifft – als große Ausnahme in Buch IX DCFR – die Rechtsform der Sicherheit: Der DCFR anerkennt nämlich zu Zwecken der Anschaffungsfinanzierung echte Eigentumssicherheiten, und zwar in Form der sog ***retention of ownership devices.*** Unter diesem Konzept werden Fälle zusammengefasst, in denen bei der Lieferung einer Sache Eigentum zur Sicherung einer Forderung zurückbehalten wird. Indikativ werden ausdrücklich genannt: der Vorbehalt des Eigentums beim Kauf; Eigentum am »Mietobjekt« beim Mietkauf; Eigentum am Leasinggegenstand beim Finanzierungsleasing; und Eigentum des Lieferanten bei einem Konsignationsverhältnis *(consignment)* mit Sicherungsfunktion (IX.–1:103 DCFR). Die praktisch wesentliche Sonderstellung dieser Gruppe von Sicherungsinstrumenten betrifft die Verwertung: Sie erfolgt – wie beim klassischen Eigentumsvorbehalt – durch Rücktritt vom Vertrag (also Vernichtung der gesicherten Forderung) und Rückforderung der

---

1977 Siehe IX.–3:319 ff DCFR. Ähnlich § 9-210 UCC, allerdings mit Pflicht zur Auskunftserteilung über Nachfrage des Schuldners (der Informationen dann an den Drittinteressenten weitergibt).

1978 Siehe IX.–5:401 DCFR. Bei Drittpfandbestellung ist zudem die Zustimmung des Hauptschuldners erforderlich.

1979 Ausführlicher zum Folgenden *W. Faber,* JBl 2012, 424 (424 ff).

im Eigentum verbliebenen Sache. Die Parteien können eine solche Konstruktion wählen, sie müssen aber nicht: Möglich ist die Sicherung einer Anschaffungsfinanzierung daneben auch durch Begründung eines normalen *security right* im Sinne eines beschränkten dinglichen Verwertungsrechts, bei dessen Geltendmachung die gesicherte Forderung aufrecht bleibt und der Gläubiger aus dem Erlös der Sache bevorzugte Befriedigung erfährt.

2. Für sonstige besondere Rechtswirkungen werden all diese funktional jedenfalls sehr ähnlichen Sicherungsformen unter einem weiteren technischen Oberbegriff zusammengefasst, nämlich jenem der ***acquisition finance devices.***[1980] Diese bedürfen, wie ebenfalls bereits hervorgehoben, zum Erlangen der *effectiveness* der **Registrierung.** Dies allerdings mit zwei Ausnahme- bzw Sonderregeln: Zur praktischen Vereinfachung und zur Vermeidung unverhältnismäßigen Aufwands bei ganz kurzen Zahlungszielen wird dem Sicherungsnehmer (typischerweise dem Lieferanten) eine *grace period* von 35 Tagen ab Lieferung eingeräumt. Wird binnen dieser Frist registriert, wirkt die *effectiveness* auf den Zeitpunkt der *creation,* das ist im Normalfall die Lieferung, zurück (IX.–3:107(2) DCFR). Zweitens sieht IX.–3:107(4) DCFR eine generelle Ausnahme vom Registrierungserfordernis bei der Sicherung von Anschaffungsfinanzierungen zugunsten eines Verbrauchers vor. Das Sicherungsrecht ist hier ohne weitere Voraussetzung *effective.*[1981]

3. Eine dritte Besonderheit betrifft – wiederum für alle *acquisition finance devices* – die Rangordnung bei der Kollision verschiedener Sicherungsrechte an derselben Sache: Hier kommt den Anschaffungsfinanzierungs-Sicherheiten die gleichfalls schon erwähnte **Superpriorität** zu.[1982] Auch dieses Sonderrecht »hängt« an der rechtzeitigen Registrierung binnen 35 Tagen ab Lieferung,[1983] sofern es länger als diesen Zeitraum bestehen soll. Mittels derartiger Superpriorität setzt sich der Warenlieferant beispielsweise gegen einen Geldkreditgeber durch, der sich zu einem früheren Zeitpunkt ein Globalsicherungsrecht an sämtlichen Warenbeständen des Sicherungsgebers hat einräumen lassen.

(ii.) Fortbestand der Sicherheit bei Veränderungen in Bezug auf das Sicherungsgut

1. Zudem interessiert die Haltung des DCFR zum typischen »**Bestandsinteresse**« des Sicherungsnehmers in den verschiedenartigen Fällen, in denen das

1980 Siehe im Einzelnen IX.–1:201(3) DCFR.
1981 Das gilt jedenfalls für das Sicherungsrecht an der gelieferten Sache selbst; vgl die Beschränkung in IX.–3:107(4) Satz 2 DCFR.
1982 IX.–4:102(1) DCFR. Vgl oben V.A.2.c. unter 3.
1983 IX.–3:107(3) DCFR e contrario.

ursprüngliche Sicherungsgut aufgrund von Veränderungen unterschiedlicher Art (Verarbeitung, Verkauf, Einziehung von Forderungen, Beschädigung und Zerstörung etc) nicht mehr oder nicht mehr vollwertig zur Verfügung stehen sollte. Diese Fälle werden im DCFR in umfassender Weise geregelt. Die Regelungen sind im Einzelnen einigermaßen komplex und – aus österreichischer Sicht – zunächst gewöhnungsbedürftig, weil nicht nur verschiedene Arten von Veränderungen unterschieden werden, sondern aus regelungstechnischen Gründen zum Teil gesonderte Bestimmungen für *security rights* einerseits und *retention of ownership devices* andererseits erforderlich sind. Darüber hinaus ist entsprechend der allgemeinen strukturellen Grundentscheidungen in Buch IX für jeden Fall der konzeptionelle Dreischritt von *creation, effectiveness* und *priority* zu durchlaufen. Letztendlich folgen diese Regelungen jedoch **weitgehend einheitlichen Wertungen und Grundsätzen;** beispielsweise dahingehend, dass die Regelungen bestrebt sind, dem Sicherungsgeber möglichst effiziente Mittel zur Sicherung seiner Bestandsinteressen an die Hand zu geben, solche Erstreckungen in Ersatzsicherheiten aber zumindest in vielen Fällen nicht automatisch erfolgen, sondern einer vorherigen Vereinbarung der Parteien (auf Ebene der *creation)* und idR einer Registrierung durch den Gläubiger (zum Erlangen von *effectiveness* und mittelbar auch zur Wahrung des Rangs) bedürfen. Auch sind die Regelungen bestrebt, ein automatisches Ausdehnen des Sicherungswerts hintanzuhalten.[1984]

2. Für Einführungszwecke genügt eine verkürzte Illustration anhand zweier – praktisch besonders bedeutsamer – Beispiele. Das erste betrifft die **Verarbeitung** von Sicherungsgut durch den Sicherungsgeber, konkret die Verarbeitung von Vorbehaltsware durch den Käufer nach Lieferung unter Eigentumsvorbehalt. Der Lösungsansatz des DCFR für derartige Fälle ist – im Vergleich zu den zuvor untersuchten Rechtsordnungen – innovativ, wobei die wesentliche Weichenstellung – im Zusammenspiel mit allgemeinen Regelungen in Buch VIII DCFR zum Eigentumserwerb – auf Ebene der *creation* erfolgt: Im Ergebnis erwirbt der verarbeitende Käufer Alleineigentum am Produkt und der Warenlieferant jedenfalls einen schuldrechtlichen Wertersatzanspruch für den »beigetragenen« Materialwert gegenüber dem Verarbeiter. Haben die Parteien, so nun der zentrale Lösungsansatz, eine entsprechende Erstreckungsvereinbarung getroffen, erwirbt der Lieferant zur Sicherung dieses Wertersatzanspruchs ein dingliches Sicherungsrecht am Produkt.[1985] Die ursprünglich am Material bestehende Sicherheit wird somit

1984 Illustrativ zu möglichen Fällen und Lösungen sowie zu den generellen Wertentscheidungen des DCFR in diesem Bereich *Macdonald,* ZEuP 2009, 745 (763 ff); zum bisher Gesagten und näher zum Folgenden *W. Faber,* JBl 2012, 424 (426 ff).

1985 Vgl insbesondere IX.–2:308(2)(a) iVm VIII.–5:201 DCFR. Näher *W. Faber,* JBl 2012, 424 (427) und allgemein Comment C zu VIII.–5:201, DCFR Full Edition 5067 ff.

in eine umfangmäßig entsprechende Sicherheit am Verarbeitungsergebnis transformiert. *Effectiveness* im Sinne von Kapitel 3 erlangt die Erstreckung dem allgemeinen Konzept entsprechend durch Registrierung,[1986] die in einem mit der Registrierung des ursprünglichen *retention of ownership device* erfolgen kann. Und schließlich genießt das Sicherungsrecht am Produkt bei wirksamer Erstreckung dieselbe Priorität wie der ursprüngliche *retention of ownership device,* somit idR Superpriorität gegenüber anderen Sicherungsrechten am Produkt.[1987]

3. Im Ergebnis vergleichbar, wenngleich mit Unterschieden in der rechtstechnischen Ausgestaltung, erfolgt die Erstreckung der Verkäufersicherheit im Fall der **Weiterveräußerung** von Vorbehaltsgut. Buch IX DCFR erfasst die dabei entstehenden Kaufpreisforderungen gegen die Abnehmer des Vorbehaltskäufers sowie von diesen eingehende Erlöse unter einem allgemeinen Konzept von ***proceeds.***[1988] Während sich das Sicherungsrecht in manche Arten von *proceeds* automatisch erstreckt,[1989] setzt ein solches Fortwirken im Fall von Veräußerungserlösen iwS – wie oben bei der Verarbeitung – eine entsprechende Vereinbarung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer voraus.[1990] Das bisher Gesagte betrifft die Ebene der *creation.* Der Rest folgt dem bereits bekannten Muster: *Effectiveness* wird nach allgemeinen Regeln erlangt, typischerweise durch Registrierung der »Erstreckung in *proceeds«.*[1991] Sind diese Voraussetzungen erfüllt, bleibt auch die ursprüngliche Priorität erhalten. Somit genießt das mittels Erstreckung erlangte Sicherungsrecht an der Kaufpreisforderung aus einer Weiterveräußerung von Vorbehaltsgut wie der ursprüngliche *retention of ownership device* Superpriorität.[1992] Im Ergebnis setzt sich daher der Warenlieferant beispielsweise gegen einen Geldkreditgeber durch, der zu einem früheren Zeitpunkt ein globales Sicherungsrecht am gesamten Forderungsbestand des Vorbehaltskäufers begründet hat.[1993]

1986 Vgl Comment C zu IX.–2:308, DCFR Full Edition 5469 f.

1987 Siehe IX.–4:103(1)(b) und Comment C zu IX.–2:308, DCFR Full Edition 5470.

1988 Der Begriff der *proceeds* wird in IX.–1:201(11) DCFR definiert und umfasst generell jeden Wert, der aus dem Sicherungsgut resultiert; darunter Veräußerungserlöse, Schadenersatz- und Versicherungsforderungen, natürliche und zivile Früchte sowie *proceeds of proceeds.*

1989 So gemäß IX.–2:306(1) DCFR in Zahlungsansprüche aufgrund von Mängeln, Beschädigung oder Verlust der ursprünglich belasteten Sache.

1990 IX.–2:306(3) DCFR; es handelt sich hier um *»other proceeds«.*

1991 Vgl Comment C zu IX.–2:306, DCFR Full Edition 5460. Zur Notwendigkeit der Registrierung zum Bewirken der *effectiveness* IX.–3:310(2)(a) DCFR.

1992 IX.–4:105(2)(b) iVm IX.–4:102(1) DCFR.

1993 Zu entsprechenden Ergebnissen gelangen auf unterschiedlichen Wegen das deutsche Recht (zur »Vertragsbruchtheorie« oben III.C.2.c.(ii.) und IV.A.2.b.(iii.)) und das französische Recht (mit dem Konzept einer dinglichen Surrogation, vgl oben IV.C.6.b. aE).

(iii.) Verwertung

Die in Kapitel 7 von Buch IX DCFR festgelegten Verwertungsregeln differenzieren im Wesentlichen in dreierlei Hinsicht: einmal danach, ob ein retention of ownership device oder ein security right im technischen Sinne zur Verwertung gelangt; dann zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Verwertung; und schließlich danach, ob der Sicherungsgeber Verbraucher ist oder nicht.

1. Wie schon angedeutet erfolgt die Geltendmachung eines ***retention of ownership device*** durch Rücktritt vom Vertrag[1994] und Rückforderung der Sache. Erzielt der gesicherte Gläubiger aus der Sache in der Folge einen höheren Preis als den ursprünglichen, darf er sich den Überschuss *(surplus)* behalten.[1995] Die außergerichtliche Verwertung kann für die Geltendmachung derartiger Sicherungsinstrumente nicht ausgeschlossen werden.[1996]

2. Bei der Verwertung von ***security rights*** bleibt die gesicherte Forderung hingegen aufrecht. Der Gläubiger hat Anspruch auf Befriedigung der gesicherten Forderung,[1997] nicht aber auf mehr. Das Gros der Regelungen in Kapitel 7 bezieht sich auf diesen Bereich.

Grundsätzlich sieht der DCFR gerichtliche (diese ist immer möglich)[1998] und **außergerichtliche Verwertung** vor. Letztere ist im Allgemeinen zulässig, sofern nicht anders vereinbart. Ist der Sicherungsgeber allerdings Verbraucher, ist eine außergerichtliche Verwertung nur dann möglich, wenn der Verbraucher nach Eintritt des Sicherungsfalls zustimmt.[1999] Einem Verbraucher-Sicherungsgeber muss jegliche bevorstehende Verwertungsmaßnahme – einschließlich rein vorbereitender Maßnahmen – zudem stets mindestens zehn Tage im Voraus angezeigt werden.[2000]

Als Maßnahmen der außergerichtlichen Verwertung sieht IX.–7:207 DCFR insbesondere den Verkauf, die Vermietung und – anders als das ABGB, aber im

1994 IX.–7:301(1) DCFR. Absatz (2) befasst sich mit der Auswirkung des Rücktritts auf zuvor durch den Sicherungsgeber begründete oder übertragene Rechte an der Sache.

1995 IX.–7:301(3) DCFR.

1996 IX.–7:103(3) DCFR.

1997 Diese erfasst neben der Hauptforderung auch Nebenkosten, zu denen Vertrags- und Verzugszinsen, Schadenersatz und Vertragsstrafenverbindlichkeiten sowie zweckentsprechende Kosten einer außergerichtlichen Verwertung. Dies ergibt sich aus IX.–2:401 DCFR.

1998 Vgl IX.–7:217 DCFR und Comment A zu dieser Bestimmung, DCFR Full Edition 5661 f. Materiellrechtlich stehen dem Sicherungsnehmer auch bei gerichtlicher Durchsetzung dieselben Rechte zu, wie sie ihm bei außergerichtlicher Verwertung nach Kapitel 7 zukommen würden; vgl IX.–7:217(2) DCFR und Comment C zu dieser Bestimmung, DCFR Full Edition 5662 f.

1999 IX.–7:103(1) bzw (2) DCFR.

2000 Siehe IX.–7:107 DCFR mit näheren Angaben zum Inhalt dieser *enforcement notice.* Die Regel gilt auch für die Geltendmachung von *retention of ownership devices.* Daneben sind gegenüber Verbrauchern für bestimmte Fälle weitere Anzeigepflichten vorgesehen; näher Comments A–C zu IX.–7:107, DCFR Full Edition 5626 ff.

Ansatz vergleichbar etwa mit dem neuen französischen Recht und mit der Finanzsicherheiten-RL und deren Umsetzungsbestimmungen – eine **Aneignung** *(appropriation)* des Sicherungsguts durch den Gläubiger vor. Geldforderungen können eingezogen, verkauft oder ebenfalls angeeignet werden (IX.–7:214 DCFR). Das erwähnte Aneignungsrecht ist an relativ enge Voraussetzungen gebunden. Unter anderem sind die Höhe der offenen Forderung und der in Aussicht genommene Tilgungsumfang vorab dem Sicherungsgeber und anderen betroffenen Personen wie Inhabern registrierter Sicherungsrechte an derselben Sache mitzuteilen und kommt diesen ein Widerspruchsrecht zu.[2001]

Während also die Aneignung des Sicherungsguts als Verwertungsmaßnahme nach Eintritt des Sicherungsfalls – unter den angedeuteten strengen Kautelen – grundsätzlich erlaubt ist, hält IX.–7:105 DCFR im Grundsatz an der Unwirksamkeit einer vor Eintritt des Sicherungsfalls getroffenen Verfallsabrede *(lex commissoria)* fest, schränkt dieses Verbot aber sogleich wieder ein: Ausnahmsweise zulässig sind derartige Verfallsklauseln, wenn entweder (a) das Sicherungsgut ein fungibler Vermögenswert ist, der »auf einem anerkannten Markt mit veröffentlichten Preisen gehandelt wird«, oder (b) die Parteien im Voraus eine andere Methode einvernehmlich festlegen, die eine verlässliche Bestimmung eines vernünftigen Marktpreises *(ready determination of a reasonable market value)* erlaubt.[2002] Diese Ausnahmen zielen auf Umstände ab, in denen der Sicherungsgeber nicht Gefahr läuft, eine Aneignung zu einem unangemessen niedrigen Verrechnungswert hinnehmen zu müssen.[2003] Die unter (b) genannte Alternative ist unanwendbar, wenn der Sicherungsgeber Verbraucher ist.[2004] In jedem Fall zulässiger Aneignung ist der Marktwert zum Aneignungstag in Rechnung zu stellen. Einen allfälligen Überschuss über die gesicherte Forderung hat der Sicherungsnehmer herauszugeben.[2005]

3. Hinweise zu jüngeren österreichischen Reformvorschlägen

Die Forderung nach der Einführung eines Registerpfandrechts hat in Österreich lange Tradition.[2006] Konkrete Vorschläge wurden mehrfach von Interessenverbänden oder wissenschaftlichen Arbeitsgruppen vorgelegt.[2007] Auch aus der Wissen-

2001 Näher IX.–7:216 iVm IX.–7:209 DCFR.
2002 IX.–7:105(2)(a) bzw (b) DCFR.
2003 Vgl Comment B zu IX.–7:105, DCFR Full Edition 5622.
2004 IX.–7:105(3) DCFR.
2005 IX.–7:105(4) DCFR.
2006 Nähere Zusammenstellung der Diskussion bei *Schauer* in *Schauer,* Register 1 (11 ff); vgl auch *Schauer* in FS Kalus 451 (454 ff).
2007 So schon 1926 von *Heitler* im Auftrag des Hauptverbandes der Industrie Österreichs; hierzu *Klang,* Der Gesetzesentwurf des Hauptverbandes der Industrie über das Registerpfand, JBl 1926, 301; *Heitler,* Zum Problem des Registerpfandes, JBl 1927, 34. Aus 1971 datiert ein Entwurf der Bundeswirtschaftskammer zu einem Bundesgesetz, »womit ein Registerpfandrecht

schaft liegen aus unterschiedlichen Phasen zahlreiche positive Stellungnahmen vor.[2008] Gleichwohl wurden die unterbreiteten Vorschläge von der Legislative bislang nie aufgegriffen. Sie ist auch selbst bislang nicht aktiv geworden.

1. Die bislang letzte Reforminitiative hat eine **Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts** für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen unter Vorsitz von *Martin Schauer* unternommen, die 2006 einen umfangreichen Empfehlungskatalog und 2007 einen darauf basierenden Entwurf für ein »Gesetz über ein Register für Mobiliarsicherheiten (MSG)« (in der Folge: **MSG-E**) vorgelegt hat.[2009] Der Entwurf, obwohl bislang das ausgereifteste Produkt auf dem Weg zu einem österreichischen Mobiliarsicherheitenregister, hat in der Folge keine ausreichende Unterstützung

---

für Kraftfahrzeuge und Luftfahrzeuge eingeführt wird«, 1972 hat der Delegiertentag der österreichischen Notariatskammer einen »Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Begründung eines Vertragspfandrechtes an beweglichen körperlichen Sachen ohne Übergabe (Mobiliarpfandrechtsgesetz)« vorgelegt. Der letztgenannte Entwurf sieht allerdings kein Registerpfandrecht in einem engen Sinne vor, sondern die Begründung besitzloser Mobiliarpfandrechte durch Notariatsakt mit nachfolgender (nicht konstitutiver) Eintragung in ein Evidenzblatt bei einer Evidenzstelle der Notariatskammer. Zu beiden Entwürfen *Frotz* in FS H. Demelius 323. Zu den beiden jüngsten Initiativen einer Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts sowie der Österreichischen Notariatskammer nachfolgend im Text.

2008 Vgl bereits *Ehrlich,* Das Registerpfandrecht, JBl 1891, 123, 135 (Registerpfandrecht für Maschinen und Gesamtsachen); später *Mayrhofer,* Kreditsicherung 11 ff; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 307 ff; *Hofmeister,* Mobiliarsicherheiten – Rechtsprobleme und Lösungsvorschläge (Vortrag, zusammengefasst in ÖJZ 1989, 754), bei *Frotz* und *Hofmeister* übrigens mit deutlicher Sympathie für eine Lösung in Anlehnung an Article 9 UCC. Weitere Nw zum Schrifttum dieser Zeit bei *Schauer* in FS Kalus 451 (455). Ein neuer Impuls geht von einem Symposium der Wirtschaftskammer Kärnten und der Notariatskammer für Kärnten aus; aus den Beiträgen *Rechberger,* Überlegungen zur Einführung eines Registerpfandes in Österreich, NZ 2002, 2; *Kühnelt,* Warum besteht Bedarf an einem Mobiliarpfandregister für Österreich? NZ 2002, 25; *Pekarek,* Gedanken zu einem Pfandregister für Mobiliarpfänder aus der Sicht des Kreditgebers, NZ 2002, 28. Siehe ferner *Andová,* Mobiliarpfandrecht 258 ff; sodann die in FN 2009 genannten Beiträge von *Gruber, B. Koch, Schauer, Lukas* und (mit Vorbehalten) *Appl;* und schließlich aus jüngster Zeit etwa *Hinteregger* in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer,* ABGB 2011, 167 (175); *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1390 f); *Harrer,* Sicherungsrechte 126; *B.A. Koch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger,* ABGB[6] § 451 Rz 4. – Kritisch hingegen *Benn-Ibler,* Contra: Registerpfandrecht, ÖBA 2004, 895, sowie *Riel* (FN 2009).

2009 Veröffentlicht in *Schauer,* Register 33 ff bzw 43 ff; der Empfehlungskatalog wurde zuvor bereits in NZ 2006, 267 publiziert. Zum Entwurf *Gruber,* Das Register für Mobiliarsicherheiten – Überlegungen zu Funktion und Organisation, ÖJZ 2007, 437; *B. Koch* in FS Koziol 197 (206 ff); *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 462 ff; *Appl,* Der Gläserne Schuldner – Mobiliarpfandregister und Datenschutz, NZ 2007, 161; *Schauer* in FS Kalus 451 (455 ff); *Lukas,* ÖBA 2007, 262 (266 ff); *ders,* Die geplante Reform des Pfandrechts an beweglichen Sachen in Tschechien aus österreichischer Sicht, in *Švestka/Dvořák/Tichý* (Hrsg), Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva – Tagungsband der Diskussionsforen zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2008) 154 (159 ff). – Ablehnend *Riel,* Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht, ZIK 2007, 195 mit dem Hauptargument, Kreditinstitute würden das Registersystem »automatisch« zur Begründung von Globalsicherheiten nutzen, was zu einer weiteren Aushöhlung der Insolvenzmassen führe.

seitens der betroffenen Interessengruppen erfahren. Die Diskussion ist seither abgeebbt; politischer Wille zur Durchführung eines derartigen Projekts scheint vorerst nicht vorhanden. *Schauer* hat in einem späteren Beitrag unter Rückgriff auf Erfahrungen aus Besprechungen mit Stakeholdern mögliche Gründe für die eher ablehnende Haltung der verschiedenen Kreise analysiert und kommt zusammengefasst zu folgendem Ergebnis:[2010] Die Banken, die mit dem geltenden österreichischen System gut zu leben gelernt haben, sehen ihren durch das System des Buchvermerks bei der Sicherungszession (dem einzig wirklich »funktionierenden« Zweig des österreichischen Mobiliarsicherungsrechts neben dem Eigentumsvorbehalt) de facto gegebenen Informationsvorsprung durch ein Registersystem gefährdet. Der von Basel II vermeintlich ausgehende Druck, sonstiges bewegliches Vermögen effektiv zu Kreditbesicherungszwecken zu nutzen, ist offenbar zu schwach, um die Kreditwirtschaft umzustimmen. Unter anderem Gläubigerschutzverbände und Masseverwalter haben die Befürchtung geäußert, es würde zu einer Zunahme masseloser Konkurse kommen. Verschiedene Interessengruppen, darunter auch Verbraucherschutzverbände, bringen datenschutzrechtliche Bedenken vor und befürchten den »gläsernen Schuldner«. Diesen beiden zuletzt genannten Aspekten (Aushöhlung von Insolvenzmassen und die Sorge vor zu viel Registerpublizität) dürften auf politischer Ebene relativ stark gewichtet worden sein und für das vorläufige Scheitern des Projekts einen Großteil der Verantwortung tragen. Schließlich sei die Unterstützung durch das Notariat verhalten ausgefallen, das mit dem Projekt die Erwartung verbunden habe, dass die Notariatskammer als registerführende Stelle sowie die Mitwirkung der Notare bei der Vornahme von Registereintragungen vorgesehen würde – was die Arbeitsgruppe aber offengelassen hat.

Dieses Projekt interessiert hier in zweierlei Hinsicht: Zum einen spiegelt es den Stand wider, den eine autonom-österreichische Diskussion um Reformoptionen bisher erreicht hat. Zum anderen lassen gerade die referierten Kritikpunkte Rückschlüsse darauf erwarten, in welcher Hinsicht auch andere Registermodelle wie jenes des DCFR auf kritische Resonanz stoßen oder aber, wenn sie in entscheidenden Punkten vom MSG-E abweichen sollten, als ernsthaft ins Auge zu fassende Alternative »punkten« könnten. In diesem Sinne wird in den nachfolgenden Unterkapiteln mehrfach vergleichend auf den Entwurf eines MSG Bezug genommen.

An dieser Stelle kann ein kurzer Abriss wesentlicher **Eckpunkte** dieses Entwurfs genügen: Auch der MSG-E sieht ein elektronisches Register für Mobiliarsicherheiten vor, das – anders als das Grundbuch – nach einem Personalfoliensystem bezogen auf die Person des Sicherungsgebers organisiert ist. Es soll allerdings auf Unternehmer als Sicherungsgeber beschränkt sein. Für die nähere Ausgestaltung wählen die Verfasser des Entwurfs insbesondere ein Prinzip der

2010 Siehe *Schauer* in FS Kalus 451 (456 ff). Vgl auch *Lukas,* ÖBA 2007, 262 (268).

»Kontinuität«; man will also die Systematik des bestehenden Kreditsicherungsrechts soweit wie möglich unangetastet lassen.[2011] Dementsprechend erfüllt der Registereintrag die Funktion eines Publizitätsakts nach geltendem Recht: Für Begründung und Aufrechterhaltung von Pfandrecht und Sicherungseigentum bzw die sicherungsweise Abtretung von Forderungen hat der Registereintrag konstitutive Wirkung.[2012] Anderes gilt, wiederum wie im geltenden Recht, für den Eigentumsvorbehalt. Dessen Eintragung in das Register ist zwar möglich, sie hat aber nur deklarative Funktion und verschafft dem Vorbehaltsverkäufer verstärkten Schutz gegen gutgläubigen Wegerwerb durch Dritte.[2013] Als Konsequenz der konstitutiven Wirkung bei Pfandrecht und Sicherungseigentum erlöschen diese Sicherungsrechte automatisch, wenn der Einlageberechtigte (Sicherungsgeber) sein Eigentum an der Sache verliert, insbesondere diese einem Dritten übereignet. Um das Risiko des Sicherungsnehmers in Grenzen zu halten, steht ihm ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den neuen Eigentümer auf Eintragung in dessen Registereinlage zu; bei Durchführung binnen sieben Tagen gilt das Sicherungsrecht als ununterbrochen fortbestehend.[2014]

Nach § 29 MSG-G wären im Register (bei der Einlage des Sicherungsgebers, was im Normtext nicht eigens angeführt wird) folgende Tatsachen einzutragen:

1. der Gegenstand des Sicherungsrechts, wobei nach § 5 MSG-E durch objektiv erkennbare Merkmale bestimmt oder bestimmbar sein muss, auf welche Sachen sich das Sicherungsrecht bezieht. Bei zu Warenlagern gehörigen Gegenständen genügt ausdrücklich die Bestimmung des Standorts. Generell eröffnet der Entwurf die Möglichkeit zur Eintragung von »zu einer Gesamtsache, einem Unternehmen oder einem anderen Sachinbegriff gehörigen Sachen«;
2. die Art des Sicherungsrechts (Pfandrecht, Sicherungseigentum, Eigentumsvorbehalt); sowie
3. sofern es sich um ein Pfandrecht handelt, auch der Betrag der gesicherten Forderung(en) mit Angabe der Währung und Angabe des Zinssatzes (§ 7 Abs 2 MSG-E).

Nicht eingetragen würde die Person des Gläubigers (diesem kommt keine weitergehende Funktion, etwa die einer Auskunftsquelle zu). Nicht ersichtlich wäre

2011 Zum bisher Gesagten siehe Empfehlungen 2.1., 5.1.1. und 5.1.2. bzw §§ 1, 19, 21, 24 f MSG-E bei *Schauer,* Register 33, 38, 43, 63 ff.

2012 Siehe Empfehlungen 2.2.1. und 2.2.2. sowie § 4 MSG-E bei *Schauer,* Register 33, 47. Neben dem Registereintrag sollen als Modus die Übergabe und bei Forderungen die Drittschuldnerverständigung erhalten bleiben, nicht jedoch der Buchvermerk bzw »Zeichen« bei Fahrnis. Vgl Empfehlungen 4.3.2. bis 4.3.4. und den Entwurf einer Neufassung von § 452 ABGB bei *Schauer,* Register 38, 76.

2013 Empfehlungen 2.2.3. und 3.2.3. sowie §§ 13 und 15 MSG-E bei *Schauer,* Register 33 ff, 60 ff.

2014 Vgl § 11 MSG-E und die diesbezüglichen Erläuterungen bei *Schauer,* Register 56 ff; ferner *Schauer* in FS Kalus 451 (469 ff).

offenbar auch das Datum der Registrierung, das nach § 8 MSG-E aber die Rangordnung entscheidet.

Die Eintragung erfolgt durch die Parteien aufgrund übereinstimmender Erklärungen, alternativ durch einen Notar über Veranlassung des Sicherungsgebers.[2015] Zur Registerabfrage soll jedermann ohne Nachweis eines rechtlichen Interesses berechtigt sein. Für den Fall der Ablehnung dieses Modells wird ein Alternativvorschlag unterbreitet.[2016]

2. Kurz hingewiesen sei auf ein weiteres Registermodell, das wenige Jahre zuvor durch die **Österreichische Notariatskammer** erarbeitet worden ist.[2017] Es umfasst insbesondere eine bereits entwickelte EDV-Umsetzung. Ein durchformulierter Vorschlag eines Gesetzestexts ist nicht veröffentlicht. Auch nach diesem Modell wirkt die Pfandbestellung konstitutiv. Die Eintragung erfolgt ausschließlich durch einen Notar. Dieser hat die formale Richtigkeit des Pfandbestellungsvertrags zu prüfen. Zur Registereinsicht berechtigt ist nur, wer »ein rechtliches Interesse nachweisen« kann,[2018] offensichtlich gegenüber dem Notar als Einsichtsstelle.

Als Leitbild fungiert in diesem Modell die Verpfändung eines einzelnen Vermögenswerts; Identifizierung wird großgeschrieben. In das Register eingegeben werden neben dem registrierenden Notar die Parteien des Pfandbestellungsvertrags; das Datum der Registrierung; die Frist bis zum Ablauf des Pfandrechts (mangels Vereinbarung fünf Jahre); der Titel (zB »Schuld- und Pfandbestellungsurkunde«) mit Titeldatum; die Angabe, ob der Titel vollstreckbar ist; der »Pfandrechtswert« (gemeint ist die Höhe der gesicherten Forderung); der »Pfandwert« (dh der tatsächliche Wert des Pfandobjekts); die Verwertungsart (zB »Exekution«, dh gerichtliche Verwertung; oder »außergerichtliche Versteigerung«); sowie zur Identifizierung der Pfandsache zB eine Seriennummer oder eine Beschreibung des Pfandobjekts mittels Kategoriebezeichnung (zB »Betonmischanlage«). Besteht keine Möglichkeit der Identifizierung mittels Serien- oder Fahrgestellnummer bzw bei Kfz auch durch Type und Kennzeichen, kann der Pfandbestellungsvertrag »in das Register« eingescannt werden oder eine Verknüpfung zu der im Urkundenarchiv des Österreichischen Notariats gespeicherten Urkunde hergestellt werden.

2015 Vgl Empfehlung 5.1.4. und § 28 MSG-E bei *Schauer,* Register 38 f, 66 f.

2016 Vgl Empfehlung 3.1.1. und § 40 MSG-E mit Alternativregelung (Abfrage mit Zustimmung des Einlageberechtigten, welche bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses erteilt werden muss) bei *Schauer,* Register 35, 74 f.

2017 Vorgestellt bei *Sauberer,* Die Zukunft des Besicherungsrechts – Der Vorschlag des Notariats zur Einführung eines Registerpfandrechts an beweglichen Sachen in Österreich, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II (2005) 129 (135 ff). Dem folgt die Zusammenfassung im Text.

2018 *Sauberer* in *Kühnelt,* Basel II 129 (141 f): Datenschutzrechtliche Interessen begrenzen Publizitätsinteresse.

Dieses Modell hat in der Fachdiskussion in der Folge keine nennenswerte Rolle gespielt. Gegenüber dem MSG-E (und gegenüber *notice-filing*-Systemen wie dem DCFR) ist es deutlich restriktiver in Hinblick auf den Registerzugang, dafür enthält es in etlichen Punkten mehr Informationen, von denen sich bei einigen allerdings fragt, welchen Zweck ihre Aufnahme in ein Register haben soll (zB bei den Angaben zur Vollstreckbarkeit und zur Verwertungsart).

B. Weitgehend funktionaler Ansatz: Einheitliches security right plus retention of ownership devices

1. Grundlagen

Die Arbeit wendet sich nun ausgewählten Grundsatzfragen des DCFR-Modells zu mit dem Ziel, zu bewerten, ob sich die in Buch IX DCFR vorgeschlagenen Lösungen als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht empfehlen oder zumindest akzeptabel erscheinen. Erster Kandidat einer solchen näheren Überprüfung ist das bereits in den Eröffnungsartikeln von Buch IX grundgelegte Prinzip, all jene vertraglich begründeten dinglich wirkenden Rechtspositionen, die funktional einem Sicherungszweck dienen, als grundsätzlich **einheitlichen Typus von Sicherungsrecht** – als *security right* im technischen Sinne – zu behandeln. Dieses Prinzip hat der DCFR relativ weitgehend verwirklicht: IX.–1:102 DCFR bezieht insbesondere in Absatz (2)(a) »klassische« dingliche Sicherungsrechte wie das Pfandrecht ebenso ein wie in Absatz (2)(b) vertraglich begründete beschränkte dingliche Rechte unabhängig von ihrer Bezeichnung, die entweder nach dem Willen der Parteien dem Gläubiger ein Recht zu vorrangigen Befriedigung verschaffen sollen oder nach dem Vertrag objektiv diese Wirkung entfalten.[2019] Insoweit sind aus österreichischer Sicht Bedenken nicht zu erwarten. Der Ansatz des DCFR entspricht, in andere Worte gekleidet, einem Selbstverständnis, das mit Mitteln der teleologischen Interpretation und Analogie auch das österreichische Zivilrecht für sich reklamieren darf.

Näher überprüfungswürdig – weil jedenfalls konzeptionell ein aus österreichischer Perspektive radikaler Schritt – sind die in den Absätzen (3) und (4) von IX.–1:102 DCFR niedergelegten Bestimmungen. Sie transformieren alle **Vollrechtsübertragungen** zu Sicherungszwecken, namentlich also die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession, **in ein beschränktes dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung** aus dem Sicherungsgut. Gleiches gilt für Sale-and-lease-back-Transaktionen und den Verkauf mit Wiederkaufsvereinbarung. Der Grundgedanke entspricht dem oben genannten Absatz (2)(b): Parteiwille bzw

2019 Vgl Comment E zu IX.–1:102, DCFR Full Edition 5394.

objektiver Zweck der Vereinbarung ist die Sicherung einer Forderung mittels einer dinglichen Rechtsposition an einem beweglichen Vermögenswert. Die Transaktionen, ob sie nun technisch eine Vollrechtsübertragung beinhalten oder ein beschränktes dingliches Recht begründen, haben dieselbe Funktion; eben die Sicherung einer Forderung. Daher werden sie einem einheitlichen Regelungsregime unterstellt,[2020] und zwar in jeglicher Hinsicht. Den Parteien soll es nicht möglich sein, durch Vereinbarung einer bestimmten, von gesetzlich geregelten Konzepten abweichenden Rechtsform der Anwendung zwingender Rechtsvorschriften (zB zur Publizität) auszuweichen. Daher schlägt sich der einheitliche (Sicherungs-)Zweck in einer einheitlichen Rechtsform nieder *(»substance governs form«[2021]).* Der Ansatz entspricht dem von Article 9 UCC ausgehenden internationalen Trend eines *functional approach;* ihm folgen unter anderem der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions sowie das hierauf aufbauende Model Law und in Kontinentaleuropa jüngst wie gesehen das neue belgische Mobiliarsicherungsrecht.[2022]

Anders als etwa im UCC[2023] wird dieser funktionale Ansatz im DCFR allerdings nicht lückenlos verwirklicht. In einem Bereich werden ausnahmsweise an die Wahl der Rechtsform einer Sicherheit doch unterschiedliche Rechtsformen geknüpft, und zwar bei den bereits erwähnten ***retention of title devices,*** denen gemeinsam ist, dass Eigentum nicht sicherungsweise übertragen, sondern bei Lieferung einer Sache zu Sicherungszwecken zurückbehalten wird (IX.–1:103 DCFR mit Beispielen: Eigentumsvorbehalt, Mietkauf, Finanzierungsleasing, Konsignation mit Sicherungsfunktion). Jene Bereiche, in denen diese Sicherungsformen Sonderregeln unterliegen, sind allerdings relativ beschränkt. Sie betreffen im Wesentlichen Fragen der *creation* und der Geltendmachung der Sicherheit, also Teile der Kapitel 2 und 7 von Buch IX DCFR (siehe IX.–1:104 DCFR). Auf andere Fragen, zB in Bezug auf die unter Umgehungsgesichtspunkten klassischerweise besonders sensiblen Publizitätsanforderungen, hat die Wahl der Rechtsform auch hier keinen Einfluss. Dass der DCFR gerade bei diesen *retention of ownership devices* vom ansonsten strikt verwirklichten *functional approach* abweicht, ist im Lichte der internationalen Rechtsentwicklung im Übrigen kein Zufall. Die Differenzierung verläuft vielmehr an einer Sollbruchstelle, die beispielsweise auch der UNCITRAL Legislative Guide in Form

---

2020 Vgl Comment F zu IX.–1:102, DCFR Full Edition 5395 f; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 438 f.

2021 *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV^{5} 5 zu Article 9 UCC; gleichsinnig UNCITRAL Legislative Guide 56.

2022 Vgl § 9-109(a)(1) iVm § 1-201(35) UCC und hierzu *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV^{5} 5 ff; *White & Summers,* Principles of Secured Transactions 6 ff; UNCITRAL Legislative Guide 57 f und Recommendation 8; Art 2(kk) UNCITRAL Model Law und UNCITRAL Guide to Enactment 8, 24 f (Rn 17, 67 f); zum belgischen Recht oben IV.D.2.

2023 § 2-401(1) UCC reduziert jeden Vorbehalt des Eigentumsrechts des Verkäufers bei Sachlieferung ausdrücklich auf ein *security interest* iSd Article 9 UCC. Vgl korrespondierend § 9-109(a)(5) UCC.

einer Option für jene Staaten vorgesehen hat, die es insbesondere beim Eigentumsvorbehalt etwa aus Gründen rechtspolitischer Machbarkeit vorziehen, traditionelle Konzepte unangetastet zu lassen.[2024] Innerhalb der Gruppe der *retention of ownership devices* herrscht aber jedenfalls wieder Gleichbehandlung aufgrund funktionaler Äquivalenz.

Die nachstehende Erörterung folgt dieser Zweiteilung in der Fragestellung und befasst sich zunächst mit dem funktionalen Ansatz unter Ausklammerung der *retention of title devices* (V.B.2.) und anschließend mit der möglichen Sonderstellung ebendieser (V.B.3.). Eine Bewertung wird unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligter zu erfolgen haben. Im Kern wird es aus österreichischer Sicht um die Frage gehen, ob auf Seiten des gesicherten Gläubigers neben dessen Sicherungsinteresse (dem grundsätzlich auch mit einem beschränkten dinglichen Recht auf vorrangige Befriedigung entsprochen werden könnte) weitere anerkennenswerte und anders als durch Vollrechtssicherung nicht zu befriedigende Interessen auszumachen sind. Ebenso ist zu fragen, welche legitimen Interessen des Sicherungsgebers oder Dritter durch eine Abkehr von der Vollrechtssicherung gefördert werden und allenfalls die Umsetzung eines funktionalen Ansatzes in einer Gesamtabwägung zu rechtfertigen vermögen.

2. Grundsätzlich einheitliches security right unter Einschluss von Sicherungsübereignung und Sicherungszession

Adressaten dieses ersten Teils der Untersuchung über eine Gleichbehandlung dinglicher Rechte mit Sicherungsfunktion sind aus Sicht des geltenden österreichischen Rechts in erster Linie die Sicherungsübereignung und die Sicherungszession. Sie würden zwingend in ein beschränktes dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung transformiert. Daneben ist jedoch auch an andere privatautonom geschaffene Sicherungsformen zu denken; im Bereich der Sicherung mittels beweglicher körperlicher Sachen insbesondere an das in Österreich grundsätzlich geläufige Sale-and-lease-back-Verfahren. Die Fragestellung ist allerdings grundsätzlich umfassender und bezieht sich ferner auf allenfalls in Zukunft auf den österreichischen Markt drängende »neue« Transaktionstypen, denen zumindest auch Sicherungsfunktion zukommt.

2024 Vgl UNCITRAL Legislative Guide 57 f mit Recommendation 9, sowie 333 ff mit Recommendations 178 ff (Option A: Unitary approach) bzw Recommendations 187 ff (Option B: Non-unitary approach). Das UNCITRAL Model Law selbst folgt dem *unitary approach;* vgl Art 2(kk) UNCITRAL Model Law und UNCITRAL Guide to Enactment 24 f (Rn 67 f).

a. *Gleichbehandlung in Bezug auf Publizitätsanforderungen*

Die Diskussion um Gleichbehandlung mit gesetzlichen Pfandrechtsregeln oder aber Anerkennung einer Sonderstellung von Sicherungsinstrumenten mit Vollrechtsübertragung ist in Österreich – grundsätzlich mit Recht – primär in Bezug auf Publizitätsanforderungen geführt worden. Hier kann im Wesentlichen auf ausführlichere Erörterungen in den vorangehenden Kapiteln zurückgegriffen werden: Schon die ausführliche Auseinandersetzung im deutschen Recht vor 1900 hat überzeugende Gründe für ein Zulassen der Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut neben einem zwingenden Besitzübertragungserfordernis beim Fahrnispfand nicht zu liefern vermocht. Nichts anderes gilt für die Diskussion in anderen Rechtsordnungen, insbesondere in Österreich selbst vor dem Einschwenken der Judikatur auf die bis heute hA im Jahre 1925.[2025] Die numehr ganz hA in Österreich behandelt Fahrnispfand und Sicherungsübereignung in Hinblick auf Publizitätsanforderungen gleich,[2026] selbiges gilt für Forderungspfand und Sicherungszession[2027] sowie für Sale-and-lease-back-Transaktionen im Verhältnis zum Pfandrecht und Sicherungseigentum.[2028] Insoweit geht also der DCFR mit seinem ***functional approach,*** der sämtliche genannte Sicherungsinstrumente ebenfalls einem einheitlichen Publizitätsregime unterstellt, völlig d'accord mit der **allgemeinen Rechtsüberzeugung in Österreich**. In rechtstechnischer Hinsicht ist er wohl insofern sogar leicht im Vorteil, als zur Gewinnung dieses Ergebnisses nicht erst Analogieerwägungen angestellt werden müssen, sondern die Gleichbehandlungsanordnung sich bereits unmittelbar aus IX.–1:102 DCFR ergibt. Das kann für die rechtliche Einordnung neu entwickelter oder aus anderen Rechtsordnungen »importierter« Sicherungsinstrumente eine gewisse Vereinfachung darstellen und dient jedenfalls der Rechtssicherheit.

Fasst man unter dem Gesichtspunkt rechtsformabhängig unterschiedlich ausgestalteter Publizitätsanforderung in anderen Rechtsordnungen – wie insbesondere in Deutschland oder dem folgend in Estland[2029] – die **Einfuhr** dort wirksam sicherungsübereigneter Sachen nach Österreich ins Auge, erweist sich der DCFR aus Perspektive des Sicherungsgebers noch in einem weiteren Aspekt als Fortschritt: Während nach lange Zeit vorherrschender – und mE de lege lata nach wie vor überzeugender, wenngleich in einer jüngeren Entscheidung des OGH

2025 Zur deutschen Entwicklung oben II.B.4. (vor 1900) und IV.A.2.a. (unter Geltung des BGB); für Österreich III.B.1., zum früheren niederländischen Recht IV.B.2.a. Vgl auch die Synthese in IV.F.1.b. unter 1.

2026 Oben III.B.1. unter 5.

2027 Oben III.C.1.

2028 Siehe III.E.1. unter 2.

2029 Vgl *Kullerkupp,* Vallasomandi üleandmine. Õigusdogmaatiline raamistik ja kujundusvõimalused (2013) 259 f (Haupttext in estnischer Sprache) bzw 356 f (englische Zusammenfassung).

nicht mehr geteilter[2030] – Rechtsauffassung in Österreich die dingliche Sicherheit mit dem Grenzübertritt der Sache mangels Publizität zur Gänze erlischt,[2031] entfaltet das Sicherungsrecht nach dem DCFR aufgrund wirksam erfolgter *creation* iSv Kapitel 2 immerhin gewisse Rechtswirkungen; der Sicherungsnehmer verfügt zB über Verwertungsrechte nach Kapitel 7 und Schutz zumindest gegenüber schlechtgläubigen Sacherwerbern.[2032] Auch kann die Registrierung jederzeit, ohne dass die betroffene Sache etwa zugegen sein müsste, nachgeholt werden, womit sich die zunächst beschränkte Sicherheit zur vollwirksamen auswächst. Einer solchen zumindest punktuellen Besserstellung des gesicherten Gläubigers stehen legitime Interessen anderer Beteiligter nicht entgegen: Der Sicherungsgeber, der sich privatautonom zur Bestellung des Sicherungsrechts bereitgefunden hat, kann kein *berechtigtes* Interesse an dessen plötzlicher Unwirksamkeit infolge Grenzübertritts haben. Auch werden durch bloße *creation* berechtigte Erwartungen Dritter nicht enttäuscht: Sie können insbesondere, solange eine Registrierung nicht nachgeholt ist, selbst ein vorrangiges Sicherungsrecht an der Sache begründen oder diese in Exekution ziehen. Ein Erwerbsinteressent wird solange geschützt, als er in gutem Glauben handelt; tut er dies nicht, bedarf er auch keines besonderen rechtlichen Schutzes. Der DCFR erweist sich somit in einem praktisch durchaus bedeutsamen Bereich als »anerkennungsfreundlicher« als die über Jahrzehnte herrschende Lösung zum österreichischen Recht und damit als günstig für den Gläubiger, ohne schutzwürdige Interessen anderer zu beeinträchtigen. Zugleich vermeidet er, indem die Wirkung des Sicherungsrechts insbesondere gegenüber konkurrierenden Gläubigern in Insolvenz und Einzelzwangsvollstreckung sehr wohl an die Herstellung von Publizität geknüpft ist, eine überschießende und potentiell systemsprengende Bevorzugung »importierter« Sicherungsrechte.[2033]

b. Vermeidung von Extremlösungen

Die Lösung des DCFR überzeugt – ähnlich wie jene des geltenden österreichischen Rechts – auch im Vergleich zu jenen Extremlösungen, die fiduziarischen Sicherungsrechten von vornherein jede Wirksamkeit absprechen (Niederlande, zT Ungarn; früher auch Frankreich).[2034] Denn radikale Abweichungen in den Rechts-

---

2030 OGH 3 Ob 249/18s, JBl 2019, 439 *(Ronacher)* = ZFR 2019, 468 *(Schwartze)* = EvBl 2020/9 *(Brenn)* = EWiR 2019, 337 *(Mankowski).*

2031 So die lange Zeit als Leitentscheidung fungierende E OGH 3 Ob 126/83, JBl 1984, 550 *(Schwimann)* und die oben IV.F.2. in FN 1898 referierten Vertreter der traditionellen hA. Auch nach der abweichenden E OGH 3 Ob 249/18s für diese Lösung de lege lata etwa *W. Faber,* ÖBA 2019, 401.

2032 Vgl oben V.A.2.c. unter 1. bei und mit FN 1944.

2033 Zu diesen Risiken nach OGH 3 Ob 249/18s etwa *W. Faber,* ZFR 2020, 280 (281 f); *ders,* ÖBA 2019, 401 (406 f).

2034 Vgl die Zusammenfassung oben IV.F.1.b. unter 1. aE mit Verweisen in FN 1859. Hinweis zum neuen ungarischen Recht in IV.B.2.

folgen – Vollwirksamkeit der Sicherung mittels beschränkter dinglicher Rechte gegenüber Totalnichtigkeit einer Sicherung mittels Vollrecht – überzeugen angesichts grundsätzlich gegebener funktionaler Äquivalenz in keiner Weise. Zudem verschärfen derart massive Unterschiede auf Rechtsfolgenseite zwangsläufig die Signifikanz von **Abgrenzungsschwierigkeiten**, derer sich wohl kein Lösungsmodell völlig erwehren kann. Besonders unverhältnismäßig erscheint eine Lösung vor allem dann, wenn die Trennlinie zwischen Vollsicherung und Totalnichtigkeit in Abhängigkeit von eher unbedeutenden Details der vertraglichen Ausgestaltung mitten durch einen Vertragstypus verläuft, wie sich dies nach der niederländischen Rechtsprechung zum Sale-and-lease-back-Verfahren ergeben hat.[2035] Solche Wertungsbrüche vermeidet der DCFR von vornherein, indem sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenebene das Gemeinsame vor das Trennende gestellt wird und bei grundsätzlich gegebener funktionaler Äquivalenz ein einheitliches Rechtsfolgenregime zur Anwendung gelangt.

Abgrenzungsschwierigkeiten verlagern sich dadurch gleichsam von der Mitte an den Rand des Spektrums jener Instrumente, denen nach dem Willen der Parteien oder nach ihrer objektiven Wirkung Sicherungsfunktion zukommt. Dabei ist wieder zu beachten, dass der DCFR mit seiner Dreigliederung in *creation, effectiveness* und *priority* Radikallösungen auch dann tendenziell vermeidet, wenn den Parteien in diesem Randspektrum Fehler unterlaufen, zB ein konkreter Leasingvertrag trotz objektiv gegebener Sicherungsfunktion nicht als Sicherungsinstrument erkannt und demgemäß eine Registrierung unterlassen wird. Denn zum einen entfaltet das Sicherungsrecht auch hier aufgrund der erfolgten *creation* bestimmte begrenzte Rechtswirkungen[2036] und zum anderen kann eine Registrierung (zB nach nochmaliger Prüfung der Rechtslage) jederzeit nachgeholt werden. Insbesondere aber kann in rechtlich zweifelhaften Fällen das Risiko einer Fehleinschätzung dadurch minimiert werden, dass rein aus Vorsicht eine Registrierung auch dann vorgenommen wird, wenn die Parteien an sich der Auffassung sind, dass eine solche nicht erforderlich wäre. Aufwand und Kosten einer solchen Vorsichtsmaßnahme wären typischerweise ziemlich gering. Das Restrisiko wird dadurch mit vertretbarem Aufwand steuerbar.

c. Wirkung in der Insolvenz des Sicherungsgebers

Auch sonst entspricht der funktionale Ansatz des DCFR in mehrfacher Hinsicht jenen Ergebnissen, zu denen sich das österreichische Recht im Laufe der Entwicklung durch schrittweise Annäherung von Sicherungseigentum und Sicherungszession an das Pfandrecht vorgearbeitet hat. Prominentestes und praktisch

2035 Dazu oben IV.B.2.c. und die Zusammenfassung in IV.F.1.b. unter 2.
2036 Vgl die parallele Thematik oben in Abschnitt 1.

wichtigstes Beispiel neben dem Publizitätsaspekt ist die Wirkung des Sicherungsrechts in der Insolvenz des Sicherungsgebers. Schon seit Einführung der Konkursordnung 1914 steht nach österreichischem Recht dem Sicherungseigentümer und dem Sicherungszessionar in diesem Fall lediglich ein **Absonderungsrecht** zu (§ 10 Abs 3 KO, nunmehr § 10 Abs 3 IO).[2037] Buch IX DCFR gelangt zum selben Ergebnis, indem es bei Vereinbarung solcher Sicherungsinstrumente diese in sämtlichen Wirkungen auf ein beschränktes dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung aus dem Sicherungsobjekt beschränkt. Das ist auch interessengerecht: Das Sicherungsinteresse des Gläubigers bleibt gewahrt. Die übrigen Gläubiger und der Schuldner selbst profitieren typischerweise dadurch, dass Sicherungsgut generell in die Masse fällt und damit als Bestandteil des Unternehmens weiter genutzt werden kann, um entweder eine Sanierung oder im Fall der Verwertung einen Verkauf des Unternehmens als stehende Einheit zu ermöglichen.

Während die Frage der Insolvenzwirkung von Sicherungseigentum und Sicherungszession längst gefestigt ist, war sie in Bezug auf Sale-and-lease-back-Geschäfte soweit ersichtlich noch nicht Gegenstand einer höchstgerichtlichen Entscheidung. Insoweit könnte eine ausdrückliche Regelung, wie sie der DCFR mit seinem funktionalen Ansatz bietet, allfällige Rechtsunsicherheit vermeiden helfen.

d. Akzessorietät

Ein weiteres Beispiel der Konvergenz des funktionalen Ansatzes im DCFR mit Ergebnissen des geltenden österreichischen Rechts betrifft die Akzessorietät des Sicherungsrechts: Anders als das Pfandrecht sehen Sicherungsübereignung und Sicherungszession einen solchen Mechanismus in konstruktiver Hinsicht bekanntlich nicht vor. Dennoch weist die Entwicklung des österreichischen Rechts auch in diesem Bereich im Ergebnis eine **starke Annäherung** an das Pfandrecht aus: Ist die gesicherte Forderung von Anfang an unwirksam, wird dies auch für die Sicherungsabrede angenommen, weshalb mangels wirksamen Titelgeschäfts letztlich auch die sicherungsweise Vollrechtsübertragung scheitert. Und was den Fall der Tilgung der gesicherten Forderung betrifft, so wird inzwischen verbreitet davon ausgegangen, dass im Zweifel Sicherungsübereignung bzw -zession unter der auflösenden Bedingung vollständiger Zahlung vereinbart sind.[2038] Damit »erlischt« die Sicherung wie ein Pfandrecht automatisch mit Zahlung.

Auch insofern erscheint der *functional approach* des Buchs IX als nichts anderes als die konsequente Neuformulierung von Ergebnissen autonomer Entwicklungen des österreichischen Rechts: Alle Sicherungsrechte unterliegen einem einheitlichen Regime; und dieses Regime implementiert den Grundsatz der Akzessorietät

2037 Vgl oben III.B.1. unter 3.; für Deutschland sehen §§ 50, 51 Nr 1 InsO Entsprechendes vor.
2038 Näher und mit Nachweisen oben III.B.2. unter 3.

sowohl bei der Begründung des Sicherungsrechts *(creation)* als auch beim Erlöschen desselben mit vollständiger Zahlung *(termination),* und zwar jeweils für *security rights* im technischen Sinne als auch für die ansonsten hier zunächst noch ausgeklammerten *retention of ownership devices.*[2039]

e. *Wirkung in der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Sicherungsgeber*

In manchen Aspekten geht der DCFR mit seinem funktionalen Ansatz auch über die Ergebnisse des geltenden österreichischen Rechts hinaus; dies allerdings genau in jene Richtung, die von erheblichen Teilen des Schrifttums schon seit langem als konsequente Entwicklung eingemahnt wird, sich allerdings bislang nicht durchzusetzen vermocht hat. Erstes Hauptbeispiel ist die Wirkung des Sicherungsrechts im Fall der von einem Drittgläubiger betriebenen Einzelzwangsvollstreckung in das Sicherungsgut. Die hA in Österreich wie auch in Deutschland räumt dem Sicherungseigentümer seiner formalen Eigentümerposition entsprechend das Recht ein, die Exekution des Dritten vollständig zu unterbinden (§ 37 EO, § 771 dZPO). Eine jeweils erhebliche Mindermeinung in beiden Ländern will den Sicherungsnehmer hingegen – wie in der Insolvenz – auf sein Sicherungsinteresse beschränken und daher lediglich einen Anspruch auf **vorzugsweise Befriedigung** zubilligen;[2040] die Exekutionsführung des Dritten wird dadurch nicht grundsätzlich unterbunden.[2041] Dieser zweitgenannten Auffassung entspricht die Lösung des DCFR, nach der jedem Inhaber eines *security right* im technischen Sinne von vornherein lediglich ein auf vorrangige Befriedigung beschränktes dingliches Recht zukommt. De lege ferenda verdient diese Lösung mE klar den Vorzug. Dafür sprechen mehrere Gründe.

2039 Zur *creation* eines *security right* siehe IX.–2:102(c) DCFR mit Comment D zu IX.–2:102, DCFR Full Edition 5413; zur *creation* eines *retention of ownership device* entsprechend IX.–2:201(1)(c) DCFR mit Comment B zu IX.–2:201, DCFR Full Edition 5451. Die Erlöschensakzessorietät bei Vollzahlung ergibt sich explizit aus IX.–6:101(2) DCFR, der aufgrund IX.–1:104(1)(c) auch auf *retention of ownership devices* anzuwenden ist. Zum Erlöschen bei vollständiger Zahlung Comment B zu IX.–6:101, DCFR Full Edition 5602. Eine weitere Ausprägung des Akzessorietätsgrundsatzes findet sich im Übrigen in IX.–5:301(1) DCFR, dem zufolge bei Übertragung der gesicherten Forderung auf einen neuen Gläubiger das Sicherungsrecht ebenfalls auf diesen übergeht (Übertragungsakzessorietät). Zu den verschiedenen Wirkungsmöglichkeiten des Akzessorietätsgrundsatzes im Allgemeinen vgl *Mincke,* Akzessorietät 29 ff.

2040 Näher zum Diskussionsstand im österreichischen Recht III.B.2. unter 5.; Nachweise zum deutschen Recht unter IV.B.2.b.(i.).

2041 Vgl etwa *Jakusch* in *Angst/Oberhammer,* EO[3] § 37 Rz 23 zum Pfandrecht. Der in Österreich geführte Meinungsstreit zur Frage, ob dem *innehabenden* Pfandgläubiger sehr wohl ein Exszindierungsrecht zukomme (Nw bei *Jakusch* aaO Rz 23/1, der auch in diesem Fall die Exszindierungsklage ablehnt), kann für die nachfolgende Diskussion dahinstehen, da mit Blick auf die Entwicklung de lege ferenda besitzlose Registerpfandrechte im Zentrum des Interesses stehen.

1. Der erste und von der erwähnten Mindermeinung primär betonte Grund für diese Auffassung ist systematischer und zugleich teleologischer Natur und knüpft an die gesetzlich entschiedene Wirkung von Sicherungseigentum und Sicherungszession in der Insolvenz des Sicherungsgebers an: Wenn diese Wirkung in der Gesamtvollstreckung auf ein Absonderungsrecht beschränkt ist, dann ist es nur konsequent, die Wirkung in der Einzelexekution ebenso auszugestalten (Argument der **Gleichbehandlung** mit dem Fall der Insolvenz).

Ein Blick auf die zentralen **Interessen** der Beteiligten stützt dieses Ergebnis: Das (Sicherungs-)Interesse des Gläubigers ist in beiden Fällen grundsätzlich – nämlich in Bezug auf die konkrete belastete Sache[2042] – dasselbe und wird durch vorrangige Befriedigung im Grunde ebenso gewahrt wie wenn er das Sicherungsgut vorläufig der Exekution entzieht und sich später selbst daraus befriedigt. Der Vollstreckungsgläubiger andererseits erhält damit immerhin die Möglichkeit, soweit auf das Sicherungsgut zuzugreifen, als dessen Wert die gesicherte Forderung übersteigt. Aus dieser Perspektive erweist sich die von der Mindermeinung in Österreich und Deutschland sowie vom DCFR verfolgte Lösung somit als vorteilhaft. Die dritte Perspektive, nämlich jene des Sicherungsgebers, muss letztlich wohl ein neutrales Ergebnis liefern: Zwar wird es jedem Schuldner lieber sei, sein Gut nicht sofort (durch den Exekutionsgläubiger), sondern erst später und auch dann nur vielleicht (durch den Sicherungsnehmer) zu verlieren. Doch ist damit nicht gesagt, dass dieses Interesse auch ein rechtlich zu schützendes ist. Denn es liegt im Wesen persönlicher Haftung, mit jedem Vermögenswert für jede offene Verbindlichkeit einstehen zu müssen, die nicht aus freien Stücken getilgt wird. Mit dem Zugriff auf die Sache muss der Schuldner also jederzeit rechnen. Er kann sich aufgrund des Umstands, dass eine konkrete Sache zugunsten des einen Gläubigers belastet worden ist, legitimerweise nicht Vorteile im Verhältnis zu anderen Gläubigern erwarten. Darüber hinaus ist, billigt man dem gesicherten Gläubiger ein Exekutionsabwehrrecht in Bezug auf das zu seinen Gunsten belastete Vermögen zu, eben mit ersatzweiser Exekutionsführung in sonstige Vermögenswerte des Schuldners zu rechnen (sollte es daran fehlen, mit einem Insolvenzantrag). In Summe kommt der Schuldner also nicht günstiger davon. Nur ist der insgesamt getätigte Kostenaufwand uU deutlich höher.

2. Ein weiterer Grund knüpft an eine historische Erfahrung an, die sich in den Frühphasen der publizitätslosen Sicherungsübereignung übereinstimmend im deutschen, österreichischen und niederländischen Recht gewinnen hat lassen: Die Exszindierungsmacht des Sicherungseigentümers hat die **missbräuchliche**

2042 Im Einzelfall kann für die Beurteilung von Gläubigerinteressen eine breitere (über das Sicherungsinteresse am konkreten Vermögenswert hinausgehende) Perspektive geboten sein. Siehe hierzu in Abschnitt 3. dieses Kapitels.

Verwendung von Sicherungsübereignungen erheblich gefördert. Man hat diese verbreitet für verhältnismäßig kleine Schuldbeträge oder überhaupt zum Schein vorgenommen und besaß durch das Abwehrrecht des »Sicherungsnehmers« ein probates Mittel, sämtliche andere Gläubiger vom Zugriff auf das »Sicherungsgut« auszuschließen und dem Schuldner den Besitz an diesen Gegenständen somit dauerhaft zu erhalten.[2043] Das Problem scheint sich in der (deutschen) Praxis nunmehr erledigt zu haben; es wird zumindest nicht weiter thematisiert. Allerdings ist nicht gänzlich auszuschließen, dass derartige Versuche wieder auftreten könnten, zumal wenn die drittwirksame Begründung eines besitzlosen Sicherungsrechts – wie es ja gerade Ziel des DCFR ist – besonders einfach vorgenommen werden kann. Denn nach dem DCFR erfolgt die *creation* im Wesentlichen durch Abschluss eines (formfreien)[2044] Sicherungsvertrags,[2045] somit eines reinen Internums zwischen den Parteien, und *effectiveness* samt Rangsicherung werden durch einen vergleichsweise einfachen und billigen Registrierungsvorgang herbeigeführt, der aus Effizienzgründen ebenfalls zur Gänze den Vertragsparteien überlassen bleibt. Das formale Kreieren eines letztlich bloß fingierten Sicherungsrechts ist in einem solchen System daher vergleichsweise einfach, wenn man nur rechtzeitig daran denkt, eine Registrierung vorzunehmen und als zusätzliches Beweismittel eine Urkunde aufzusetzen. Das Register verhindert zwar fraudulöse Rückdatierungen, das »Entstehen« simulierter Sicherungsrechte an sich unterbindet es nicht. Dies könnte Bedenken wecken, zumal das DCFR-Modell Unternehmern ebenso wie Nichtunternehmern offensteht, und zwar im hier als Idealfall angenommenen Entwicklungsszenario eines europaweit einheitlichen Mobiliarsicherungsrechts in allen Volkswirtschaften dieses Rechtsraums, von denen viele mit der deutschen – wo ein Missbrauchsrisiko bei der Sicherungsübereignung praktisch nicht mehr zu bestehen scheint – nur sehr bedingt vergleichbar sind.

Ob derartige Missbrauchsgefahren realistisch sind, kann hier nicht beurteilt werden und kann letztlich gerade in Hinblick auf den vom DCFR verfolgten funktionalen Ansatz wohl auch dahinstehen. Denn wenn jedes Sicherungsrecht von Gesetzes wegen auf vorrangige Befriedigung beschränkt ist, scheidet ein Drittwiderspruchsrecht des (allenfalls bloß vermeintlichen) gesicherten Gläubigers schon im Ansatz aus. Einen »Schutzschild gegen jegliche Exekution« vermag ein DCFR-*security right* niemals zu begründen.[2046] Einer Verwertung der Sache kann

2043 Vgl oben IV.A.2.a. (Deutschland); III.B.1. unter 2. (Österreich); IV.B.2.b. (Niederlande) sowie die Synthese IV.F.1.b. unter 3.

2044 Es gilt die allgemeine Regel für alle Verträge in II.–1:106(1) DCFR.

2045 Vgl für die hier relevante *creation by granting* IX.–2:105(c) und (d) DCFR zu den Voraussetzungen einer schuldrechtlichen Verpflichtung und dinglichen Einigung.

2046 Anders theoretisch ein *retention of ownership device,* bei dem tatsächlich Eigentum zurückgehalten und damit ein Exszindierungsrecht begründet wird. Eine Konstruktion von Scheinverkäufen unter Eigentumsvorbehalt erscheint praktisch aber wenig plausibel. Sie würde nach

der »Sicherungsgeber« nicht entgehen, was den Anreiz zu missbräuchlichen Sicherungsbestellungen schon erheblich drücken dürfte. Selbst wenn es Ziel sein sollte, sich über eine vom »Gläubiger« einzubringende Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 258 EO zumindest den Sachwert zu sichern, trifft diesen für die wirksame Begründung des Sicherungsrechts die Beweislast und ein im Endeffekt vielleicht prohibitives Kostenrisiko.

3. Vor einer abschließenden Beurteilung der Frage, ob im Fall der Einzelzwangsvollstreckung Dritter dem allfälligen Interesse des Sicherungsnehmers an einem exekutionsvereitelnden Drittwiderspruchsrecht Berechtigung zukommt (oder umgekehrt die bevorzugte Befriedigung ausreicht), ist noch auf einen Gesichtspunkt einzugehen, der bisher beiseitegelassen wurde. Dieser Aspekt ist beschränkt auf besitzlose Sicherheiten, die von einem Unternehmer bestellt werden, und letztlich weiter eingeschränkt auf solche Gegenstände, die für eine Unternehmensfortführung von zentraler Bedeutung sind. *Lange* hat den Gedanken in seinem 1950 erschienenen Beitrag zur Sicherungsübereignung folgendermaßen formuliert: »Das Abwehrrecht des Sicherungsnehmers ... ist nicht nur Tyrannis, sondern auch Schutzherrschaft. Der Sicherungsnehmer als typischer Großgläubiger kann auf diese Weise auch **betriebszerstörende Vollstreckungsmaßnahmen** von Einzelgläubigern abwehren. ... Im Konkurs des Sicherungsgebers besteht dieses Erhaltungsinteresse nicht mehr«.[2047] Der Gedanke hat offenkundig eine doppelte Stoßrichtung: Geschützt werden soll einerseits der Schuldner, dessen Unternehmen bewahrt wird. Zum Zweiten schützt sich der Sicherungsnehmer selbst.[2048] Sein Sicherungsinteresse beschränkt sich häufig ja nicht – wie in der obigen Diskussion vereinfachend vorausgesetzt – auf die konkret exekutionsverfangene Sache und den von dieser abgedeckten Forderungswert alleine. Gerade ein Großgläubiger kann weitergehende Forderungen haben, die durch Sicherungsrechte an anderen Vermögenswerten uU nicht vollständig abgedeckt sind. Um Ausfälle zu vermeiden, vor allem aber um den geplanten Gewinn aus dem Kreditgeschäft voll lukrieren zu können, ist auch der Gläubiger legitimerweise daran interessiert, dass dem Schuldnerunternehmen zumindest nicht betriebswesentliche Vermögenswerte durch Drittzugriff vorzeitig abhandenkommen und damit die wirtschaftliche Entwicklung des Schuldners insgesamt gefährdet wird.

Fraglich ist indessen, ob es zur Wahrung dieser Interessen unbedingt eines Drittwiderspruchsrechts bedarf. *Serick,* der sich mit dieser Fragestellung ausführ-

dem DCFR gegenüber dem geltenden Recht sogar erschwert, weil der (längerfristige) Eigentumsvorbehalt grundsätzlich registrierungsbedürftig ist.

2047 *Lange,* NJW 1950, 565 (569); Hervorhebung durch mich. Zustimmend *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung III 210.

2048 Dies allein betont *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung III 210 (bzw im gesamten Kontext 208 ff).

lich befasst hat, rechtfertigt das Drittwiderspruchsrecht bei Sicherungsübereignung lediglich einzelner Stücke damit, dass dieses den Exekutionsgläubiger »auf die freien Werte des Sicherungsgebers hinführen« solle. Diese Funktion werde obsolet, wenn freies Vermögen infolge Globalbesicherung nicht vorhanden sei. In diesem Fall hält auch er die Beschränkung des Sicherungsnehmers auf vorrangige Befriedigung für das richtige Instrument. Allerdings nicht, um die Vollstreckung in beliebige Vermögenswerte hinzunehmen, sondern weil der Sicherungsnehmer dadurch gezwungen werde, zu prüfen, welche Werte aus dem sicherungshalber übertragenen Vermögen zur eigenen Sicherung entbehrlich sind und daher freigegeben werden können – bzw freigegeben werden müssen, um den schuldnerischen Betrieb nicht zu gefährden.[2049] An diesen Überlegungen ist sicherlich richtig, dass es zur Sicherung der Betriebsfortführung einer Entscheidung bedarf, welche Vermögenswerte für diese unbedingt erforderlich sind und auf welche allenfalls zur Befriedigung anderer Verbindlichkeiten verzichtet werden kann. Nicht gesagt ist damit allerdings, dass diese Entscheidung unbedingt durch den Sicherungsnehmer getroffen werden muss. Ebenfalls nicht erwiesen ist nach dem bisher Gesagten, dass sich für ein »Hinführen« des Exekutionsgläubigers zu freien Vermögenswerten ausgerechnet das Exszindierungsrecht als tauglichstes Instrument erweist.

Vielmehr geht von einem vollwirksamen Exekutionsabwehrrecht im Grunde gar keine Anreizwirkung aus, die den Berechtigten dazu anhalten würde, den Drittgläubiger aktiv auf freies Vermögen hinzuführen. Der Widerspruchsberechtigte kann sich mit reinen Abwehrmaßnahmen begnügen. Ob und welches freie Vermögen vorhanden ist, weiß zudem gerade er auch gar nicht unbedingt. Die beste Kenntnis hierüber hat der Sicherungsgeber. Es besteht typischerweise auch kein ernsthafter Grund zu befürchten, der Sicherungsgeber würde von dieser Kenntnis bei Bedarf keinen Gebrauch machen und stattdessen die zwangsweise Verwertung unternehmenswesentlicher Gegenstände hinnehmen. Denn an einer erfolgreichen Unternehmensfortführung ist der Schuldner genauso interessiert wie der Sicherungsnehmer; die Interessen dieser beiden laufen insoweit also parallel.[2050] Dann aber erscheint es vernünftig, die Entscheidung dem Sicherungsgeber zu überlassen und allenfalls Druck auf diesen auszuüben, damit er eine Entscheidung möglichst rasch und zum allseitigen Besten trifft. Der Druck zur effizienten Befriedigung des Drittgläubigers ist aber wohl dann am größten, wenn dieser die Verwertung des in Exekution gezogenen Vermögenswerts – und sei dieser auch betriebsnotwendig – notfalls wirklich durchsetzen kann. Denn dann hat der Schuldner allen Anreiz,

2049 Vgl *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung III 212 f.

2050 Häufig im Übrigen auch jene des Exekutionsgläubigers, wenn er noch weitere Forderungen gegen den Schuldner hat bzw die Geschäftsbeziehung fortzusetzen gedenkt. Schon deshalb wird ihm an einer Exekution gerade auf betriebsnotwendiges Vermögen idR nicht gelegen sein (es sei denn, um den Druck zu erhöhen, dass der Schuldner noch aus freien Stücken zahlt).

freies Vermögen zu mobilisieren und die Verwertung durch rechtzeitige Zahlung an den Vollstreckungsgläubiger abzuwenden. Steht freies Vermögen nicht mehr zur Verfügung, kann der Schuldner in sinngemäßer Fortführung von *Sericks* Gedankengang den gesicherten Gläubiger zur Freigabe einzelner Vermögensstücke bewegen, die zur Betriebserhaltung nicht essentiell sind. Das Ergebnis dieser Verhandlungen wird dasselbe sein, das der Sicherungsnehmer (allenfalls nach Konsultation des Sicherungsgebers, der seinen Betrieb ja am besten kennt) selbst erzielt hätte, käme ihm die Entscheidungsbefugnis zu.

Nach hier vertretener Auffassung haftet somit der Beschränkung des Sicherungsgebers auf ein vorrangiges Befriedigungsrecht auch hinsichtlich der Wirkung in der von einem Dritten betriebenen Einzelzwangsvollstreckung in »betriebsnotwendiges« Vermögen kein durchschlagender struktureller Nachteil an. Vielmehr spricht unter Berücksichtigung auch der vorstehend unter 1. und 2. erörterten Gesichtspunkte sehr viel dafür, bei der Fortentwicklung des österreichischen Rechts auch mit Blick auf die exekutionsrechtlichen Wirkungen jenen Weg zu beschreiten, den der DCFR in Einklang mit der zitierten Mindermeinung zum geltenden Recht einschlägt.

f. Mehrfachbesicherungsmöglichkeit und Übersicherungsproblem

Der funktionale Ansatz des DCFR, Sicherungsrechte grundsätzlich auf ein Recht zur bevorzugten Befriedigung zu beschränken, liefert gegenüber den klassischen Vollrechtssicherungen der Sicherungsübereignung und Sicherungszession zwei weitere wesentliche Vorteile: Die Konzeption des *security right* als beschränktes dingliches Recht ermöglicht zum einen die mehrfache Begründung von Sicherungsrechten an ein und derselben Sache. Zum anderen wird dadurch das in Deutschland prominente und in Österreich im Kommen befindliche Problem der Übersicherung erheblich entschärft.

1. Zur Frage der **Mehrfachbesicherung** kann man sich hier im Grunde kurz halten. Dass sie nach dem DCFR-Modell ebenso wie beim klassischen Pfandrecht möglich ist, ist evident.[2051] Mehrere Sicherungsrechte an derselben Sache folgen einander im Rang gemäß den in Kapitel 4 von Buch IX DCFR festgelegten Prioritätsregeln. Genauso evident ist die konstruktiv bedingte Unmöglichkeit derselben bei Sicherungsübereignung und Sicherungszession: Das Vollrecht kann auch zu Sicherungszwecken nur einmal wirksam übertragen werden. Hilfskonstruktionen unter Rückgriff auf ein Anwartschaftsrecht des »zweitgesicherten« Gläubigers sind vorgeschlagen worden, haben aber jedenfalls in Österreich keine praktische

2051 Zum DCFR vgl etwa *W. Faber,* JBl 2012, 341 (347).

Anerkennung erfahren.[2052] Der DCFR würde also ein echtes Desiderat im Bereich der Vollrechtssicherung einer angemessenen Lösung zuführen: Der Sicherungsgeber kann den materiell noch »freien« Sachwert nochmals als Kreditgrundlage nützen, nachrangige Sicherungsinteressenten können sich diesen als dingliche Sicherheit versprechen lassen und in jedem Fall bleibt das Interesse des erstrangigen Gläubigers an der vollen Sicherung seiner Forderung gewahrt.

2. Aus teils vergleichbaren Gründen erweist sich das DCFR-Modell eines beschränkten dinglichen Befriedigungsrechts gegenüber den klassischen Vollrechtssicherungen als Fortschritt in Fällen einer – anfänglichen oder nachträglichen – **Übersicherung.**[2053] Übersicherungen sind zwar auch nach dem DCFR nicht nur möglich, sondern aufgrund einfacher Begründung globaler Sicherheiten praktisch wohl mehr oder weniger vorprogrammiert. Buch IX DCFR sieht auch nicht etwa besondere Instrumente zur Begrenzung solcher Übersicherungen vor.[2054] Dennoch sind ihre praktischen Konsequenzen im Vergleich zu einem mit Vollrechtssicherheiten operierenden System deutlich entschärft:[2055] Spätere Sicherungsinteressenten, die bei Vollrechtsübertragung in exzessivem Maße vom Erwerb einer dinglich gesicherten Rechtsposition ausgeschlossen wären, erhalten wie erwähnt die Möglichkeit eines solchen Zugriffs durch nachrangige Besicherung. Spiegelbildlich bleibt die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Sicherungsgebers insoweit gewahrt, als er sich bei dritten, allenfalls günstigeren Kreditgebern Mittel gegen nachrangige Besicherung solange bzw sobald beschaffen kann, als zugunsten des erstgesicherten Gläubigers belastetes Vermögen materiell »frei« ist bzw wird. Eine »Knebelung« des Schuldners wird damit zumindest in abstracto nahezu ausgeschlossen. Das bisher Gesagte steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass sich das Volumen an gesicherten Forderungen des Erstgesicherten nicht nachträglich in erheblichem Maße ausdehnen kann. Denn dies würde bereits begründete nachrangige Sicherheiten entwerten und könnte spätere Gläubiger allenfalls davon abhalten, solche überhaupt zu begründen. Hierauf wird zurückzukommen sein.[2056]

2052 Zu alldem in Bezug auf das österreichische Recht oben III.B.2. unter 4.

2053 Zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten im geltenden österreichischen Recht oben III.C.2.c.(i.), Überblick zum deutschen Recht unter IV.A.2.b.(ii.).

2054 Kein Instrument zur Begrenzung einer Übersicherung ist insbesondere IX.–3:315 DCFR, nach welcher Bestimmung der Sicherungsnehmer gegen den Sicherungsgeber einen Anspruch auf Löschung oder Ergänzung des Registereintrags hat, »wenn und soweit kein korrespondierendes Sicherungsrecht besteht«. Im Fall der Übersicherung besteht das Sicherungsrecht ja sehr wohl (aber eben qualifiziert überschießend).

2055 In diesem Sinne auch *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 287 mit der Anmerkung, dass sich unter einem Registersystem mit Möglichkeit der mehrfachen Besicherung der Rückgriff auf das (in mehrfacher Hinsicht suboptimale) Sittenwidrigkeitsinstrumentarium zur Bewältigung anfänglicher Übersicherungen erübrigen würde.

2056 Siehe unten V.C.4.c. Dort wird näher begründet, dass diesbezügliche Bedenken letztlich ausgeräumt werden können.

Gelingt es dem System auf diese Weise, die Interessen des Sicherungsgebers sowie von späteren Gläubigern einigermaßen effektiv zu wahren, kann mit einem weiteren praktisch bedeutsamen Vorteil gegenüber der aktuellen deutschen und noch mehr gegenüber der österreichischen Rechtslage gerechnet werden: Trotz reichhaltiger Judikatur ist nämlich eine Berufung auf die diversen Übersicherungs-Rechtsbehelfe infolge verschiedener praktischer Unsicherheiten und Unwägbarkeiten auch im deutschen Recht für den Sicherungsgeber mit beträchtlichen Risiken verbunden, die auf den Schuldner tendenziell prohibitiv wirken und ihn im Ergebnis davon abhalten, vom einem an sich bereitstehenden rechtlichen Instrumentarium Gebrauch zu machen.[2057] Die Problematik im österreichischen Recht ist insoweit noch verschärft, als gefestigte Anhaltspunkte in der Judikatur überhaupt fehlen. Unter dem denkbar einfachen Modell nachrangiger Sicherheiten erspart sich der Schuldner dagegen jegliches Prozessrisiko um die Freigabe von Sicherheiten und muss sich auf Unsicherheiten in Zusammenhang mit Sittenwidrigkeitstatbeständen von Anfang an nicht einlassen.

Gegenüber dem geltenden Recht kann das *security-right*-Modell des DCFR somit auf einem weiteren Gebiet von praktisch sicher zunehmender Bedeutung Pluspunkte verbuchen. Eine zweite Frage bleibt zu diskutieren, nämlich ob im Zuge einer Reform neben der grundlegenden Strukturentscheidung (beschränktes dingliches Recht, Rangfähigkeit) **weitere** Maßnahmen zum Schutz vor Übersicherung gesetzt werden sollten. Aus der österreichischen Diskussion verdient hier besonders § 7 MSG-E aus 2007 Beachtung: Danach ist die gesicherte Forderung (bzw sind die gesicherten Forderungen) als ziffernmäßig bestimmte Geldsumme in das Mobiliarsicherheitenregister einzutragen. Die im Register vermerkte Summe darf das Zweifache – nach dem Kommentarteil das Eineinhalbfache[2058] – der gesicherten Forderung (oder eines Kredits, zu dessen Inanspruchnahme der Schuldner berechtigt ist) nicht übersteigen. Tut sie dies – insbesondere aufgrund nachträglichen Herabsinkens der Forderung – doch, ist der Sicherungsnehmer »verpflichtet, in die Herabsetzung dieses [im Register eingetragenen, Anm] Betrags auf das zulässige Maß einzuwilligen«. Aufgrund der konstitutiven Wirkung der Registereintragung sinkt spätestens mit deren Durchführung auch der Haftungshöchstbetrag des Sicherungsrechts automatisch herab.

Für eine Bewertung dieses Vorschlags sind mehrere Gesichtspunkte zu beachten: Zunächst unterscheidet sich der Vorschlag der Arbeitsgruppe von den oben angesprochenen Ansätzen eines Freigabeanspruchs dadurch, dass nicht einzelne

2057 Vgl die eingehende Analyse bei *D. Schwintowski,* Das besitzlose Pfandrecht 25 ff. Weitere Nw zur Kritik an der Effizienz des gegenwärtigen Schutzsystems oben IV.A.2.b.(ii.).

2058 Siehe *Schauer,* Register 51. Generelle Kritik an derartigen Begrenzungen bei *B. Koch* in FS Koziol 197 (212 f), insbesondere mit dem Argument, dem Kreditnehmer müsse es freistehen, in einem Arbeitsgang auch Sicherheiten für erst zukünftig in Anspruch zu nehmende Kredite zu bestellen, die solche Grenzen übersteigen.

(vom Sicherungsnehmer auszuwählende) Vermögensgegenstände aus der Haftung zu entlassen sind. Der Anspruch des Sicherungsgebers richtet sich vielmehr auf Reduktion des Haftungshöchstbetrags bei grundsätzlich unverändert bleibendem Haftungssubstrat. Das ist ein Effekt, der beim Pfand nach den Grundsätzen der Akzessorietät und der ungeteilten Pfandhaftung an sich automatisch eintritt: Belastet bleibt bis zur vollständigen Tilgung das gesamte Sicherungsgut, materiell entspricht die Haftung aber stets nur dem aktuellen Forderungsumfang.[2059] Die Regelung wirkt sich in diesem Zusammenhang beim Pfand zunächst nur insoweit aus, als durch Festschreiben einer reduzierten Maximalsumme im Register verhindert wird, dass die gesicherte Forderung durch nachfolgende Entwicklungen wieder über diesen Betrag hinaus anwachsen könnte.[2060] Dass die Arbeitsgruppe dennoch wie selbstverständlich von einem Bedarf nach einer derartigen Regelung ausgeht, wird möglicherweise vor dem Hintergrund zu sehen sein, dass ihr Entwurf eben nicht nur Pfandrechte, sondern auch Sicherungseigentum und Sicherungszession mit einschließt.[2061] Hinsichtlich des Anwendungsbereichs dieses Regimes ist der Entwurf allerdings nicht frei von Widersprüchen: Während § 7 MSG-E die Pflicht zur Registrierung der gesicherten Forderung und die erörterte Herabsetzungsregelung ausdrücklich für Pfandrecht und Sicherungseigentum anordnet, beschränkt § 29 Z 3 MSG-E die Eintragung der gesicherten Forderung ebenso ausdrücklich auf Pfandrechte.[2062]

Aus den Erläuterungen zum Entwurf ergibt sich im Übrigen, dass der Angabe der Forderungssumme im Register primär gar nicht Begrenzungs-, sondern vielmehr Informationsfunktion zugedacht ist: Spätere Sicherungsinteressenten sollen aus dem Register erfahren können, wieweit die materielle Auslastung der bestehenden Sicherheit tatsächlich reicht. Eigentliches Mittel zur Vermeidung des Übersicherungsproblems ist letztlich auch nach dem Entwurf, dass auf Grundlage

2059 Zu diesen Grundsätzen in Zusammenhang mit der Übersicherungsproblematik vgl insbesondere *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht I^2 147 (Rz 1/283).

2060 Ein besonderer Fall eines solchen nachträglichen Anwachsens des Gesamtbetrags gesicherter Forderungen könnte dann gegeben sein, wenn der Gläubiger erst zukünftig entstehende Forderungen (etwa aus einer späteren Kreditausweitung) unter derselben Priorität mit sichern könnte. Grundsätzlich können künftige Forderungen nach § 7 Abs 1 MSG-E ja vorab gesichert werden. Die Frage, wie der Registereintrag zur Forderungshöhe in diesem Fall zu gestalten wäre, bleibt allerdings offen. Allfällige Probleme aus einem »Nachschieben« späterer Forderungen unter die ursprünglich begründete Priorität werden – in Bezug auf den DCFR – weiter unten diskutiert (siehe V.C.4.c.).

2061 Die Frage, inwieweit sich bei einer Beschränkung von Sicherheiten auf reine Befriedigungsrechte, wie der DCFR dies vorschlägt, Sonderregeln zur Übersicherung allenfalls bereits im Ansatz erübrigen könnten, wird im Entwurf dieser Arbeitsgruppe – aufgrund seiner Ausrichtung auch auf die traditionellen Vollrechtssicherheiten durchaus folgerichtig – nicht aufgeworfen.

2062 Die Erläuterungen zu § 29 MSG-E merken an, die Eintragung des Forderungsbetrags erscheine nur beim Pfandrecht geboten, weil nur bei diesem eine mehrfache Begründung eines Sicherungsrechts in Betracht komme (zum Hintergrund dieses Gedankens sogleich im Text). Siehe *Schauer,* Register 67.

dieser Information der Sicherungsgeber die Sicherungsgegenstände auch zur Besicherung anderer Kredite verwenden kann, indem er für diese ein nachrangiges Pfandrecht einräumt.[2063] Insoweit besteht also Übereinstimmung mit dem DCFR. In der Entwurfsbegründung wird sogar erwogen, den Sicherungsnehmer im Normalfall auf die Begründung eines Pfandrechts zu beschränken, um solche nachrangigen Pfandrechte nicht zu vereiteln.[2064] Der Unterschied reduziert sich damit auf die Methode der Informationsvermittlung: Nach dem Modell des MSG-E erfolgt sie unmittelbar durch das Register, das eine maximale (nicht unbedingt die tatsächliche) Forderungshöhe auswirft. Nach dem DCFR gibt das Register selbst keinerlei Auskunft über den Umfang der gesicherten Forderung. Der nachfolgende Sicherungsinteressent wird Zugang zur – exakten – gegenwärtigen Forderungshöhe aber dann erlangen, wenn auch der Sicherungsgeber an einem Geschäftsabschluss mit diesem interessiert ist und die entsprechende Information vom Gläubiger anfordert.[2065] Der DCFR versorgt den künftigen Gläubiger, der ein nachrangiges Sicherungsrecht begründen möchte, im Ergebnis also nicht mit weniger Information als der MSG-E. In Hinblick auf die Übersicherungsproblematik ergibt sich damit letztlich kein Bedarf, am DCFR-Registermodell nachzujustieren. Vielmehr wird die weitere Untersuchung zeigen, dass die im MSG-E vorgesehene Registerpublizität in Bezug auf Forderungsdetails in einem anderen Zusammenhang durchaus Probleme aufwirft – Stichwort: »gläsernes Unternehmen« – und daher nach hier vertretener Auffassung eher vermieden werden sollte.[2066]

g. *Verwertung*

Die Frage, ob neben einer Sicherung durch beschränktes dingliches Befriedigungsrecht (Pfandrecht nach geltendem Recht; *security right* nach DCFR) eine Sicherung durch Vollrechtsübertragung »bewahrenswert« ist, spielt auch in den Bereich der Verwertung der Sicherheit. Aus Sicht des österreichischen Rechts kann hier zunächst darauf hingewiesen werden, dass eine Annäherung der Vollrechts-

2063 So ausdrücklich die Begründung bei *Schauer,* Register 54.

2064 Vgl *Schauer,* Register 55 (zu § 8 MSG-E). Dort heißt es, um ein Unterlaufen der Übersicherungsregelung in § 7 Abs 2 MSG-E zu verhindern, werde zu erwägen sein, »ob der Sicherungsnehmer nicht bei Fehlen eines besonderen Interesses an der sicherungsweisen Übereignung des Gutes verpflichtet sein könnte, sich mit einer Verpfändung zufrieden zu geben«. Denn an einer bereits sicherungsübereigneten Sache oder sicherungszedierten Forderung kommt die Begründung eines nachrangigen Pfandrechts konstruktiv nicht in Betracht. Mit diesem Vorschlag, der allerdings im Entwurfstext selbst keinen Niederschlag gefunden hat, nähert sich der MSG-E dem DCFR, der ja grundsätzlich mit einem einheitlichen »bloßen« Sicherungsrecht operiert, noch einmal entscheidend stark an.

2065 Zur Auskunftspflicht des Gläubigers über den aktuellen Stand der gesicherten Forderung IX.–5:401 DCFR; Überblick oben V.A.2.d. unter 3.

2066 Hierzu unten V.D.2.c.

sicherheiten an Pfandrechtsregeln insoweit der bisherigen Rechtsentwicklung durchaus entspricht, als das pfandrechtliche Verbot der Verfallsklausel (§ 1371 ABGB) schon lange und völlig herrschend analog auf Sicherungsübereignung und Sicherungszession angewendet wird, sodass der Sicherungsnehmer bei Erzielung eines Überschusses jedenfalls zur Herausgabe desselben verpflichtet ist.[2067] Insoweit deckt sich der Ansatz des DCFR im Wesentlichen mit dem geltenden Recht.

Praktisch wichtiger ist allerdings die Frage, ob eine legislative Vereinheitlichung der Sicherungstypen nicht die Gefahr von Effizienzverlusten bei der Verwertung mit sich bringt. Gerade bei der Sicherungszession stellt ja die mit dem Vollrechtskonzept bestens kompatible Verwertung durch **Einziehung** der Forderung beim Drittschuldner ein wesentliches Element der praktischen Funktionsfähigkeit dieses Sicherungsinstruments dar. Diesbezügliche Befürchtungen wären angesichts der Ausgestaltung der Verwertungsrechte in Kapitel 7 des Buchs IX DCFR allerdings unbegründet. Verwertungseffizienz wird ausdrücklich großgeschrieben. Insbesondere schreibt IX.–7:214(1) DCFR das Recht zur Einziehung von Geldforderungen (neben Verkauf und Aneignung) als allgemeine Verwertungsmethode für Sicherungsrechte an solchen Forderungen fest. Auch sonst zeigt sich, dass im Bereich der Verwertung vermeintliche dogmatische Scheidungslinien zwischen Vollrechtskonzepten und traditioneller Sicherung mittels beschränkt dinglicher Rechte zugunsten einer möglichst breiten Palette an Verwertungsmethoden tendenziell aufgelöst werden: Unter bestimmten Kautelen wird eine Verwertung durch Aneignung eröffnet; bei effektivem Ausschalten eines Benachteiligungsrisikos auch die vorherige Vereinbarung einer Verfallsklausel.[2068] Als gemeinsame Klammer fungiert die übergeordnete Regel, dass bei der Verwertung eines *security right* dem Gläubiger nie mehr zukommen darf als der gesicherten Forderung entspricht. Insoweit ist also auch hier die Beschränkung des *security right* auf seine Sicherungsfunktion oberste Leitlinie.[2069]

Auch wenn auf eine umfassende Untersuchung dieses Bereichs hier verzichtet werden darf, kann wohl festgehalten werden, dass im Bereich der Verwertung Effizienzverluste aufgrund des Verzichts auf Vollrechtssicherungen nicht zu befürchten sind.[2070]

2067 Nw oben III.B.2. unter 2.

2068 Vgl IX.–7:105 DCFR zur *lex commissoria* und IX.–7:216 iVm IX.–7:209 DCFR zur Verwertung durch Aneignung. Kurzüberblick oben V.A.2.e.(iii.) unter 2.

2069 Anderes gilt für *retention of ownership devices,* vgl unten V.B.3.b. unter 4.

2070 Dies entspricht im Übrigen dem Ergebnis einer breiter angelegten rechtsvergleichenden Untersuchung bei *Matz,* Eigentumssicherheiten 231 ff (Ergebnisse 271 ff), der anhand eines Fallbeispiels die Zügigkeit der Verwertung nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht, dem Recht der Provinz Québec und nach Article 9 UCC (nicht also zum DCFR selbst) untersucht hat. Ein genereller Vorteil von Eigentumssicherheiten im Verwertungskontext ergibt sich nach seiner Untersuchung nicht. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der Besicherung durch Wertpapiere, bei denen aufgrund von Kursschwankungen die Möglichkeit

h. *Integration neuer bzw fremder Sicherungsinstrumente*

Schließlich schafft der funktionale Ansatz des DCFR bedeutende **Erleichterung** bei der Akzeptanz, rechtlichen Einordnung und Ermittlung detaillierter Rechtsfolgen von neu geschaffenen oder an importierten Gegenständen bestehenden »fremden« Sicherungsinstrumenten. Als Beispiel eines in der österreichischen Rechtspraxis erst teilweise aufgearbeiteten Transaktionstyps darf noch einmal auf das Sale-and-lease-back-Verfahren verwiesen werden: Die Rechtsprechung hat sich mit Publizitätsanforderungen befasst und ist durch Vergleich mit der Sicherungsübereignung und über analoge Anwendung von Pfandrechtsregeln zu zutreffenden Ergebnissen gelangt.[2071] Für andere Fragenkomplexe, beispielsweise betreffend den rechtlichen Rahmen der Verwertung, fehlen klare Vorgaben und damit Rechtssicherheit.[2072] Das Modell eines einförmigen *security right* nach Buch IX DCFR würde die Transaktion **in allen sicherungsrelevanten Aspekten** von der Wiege bis zur Bahre erfassen und einen **einheitlichen** (und damit auch allgemein bekannten) rechtlichen Rahmen vorgeben. Gerade bei vertraglichen Konstruktionen, denen *auch* Sicherungsfunktion zukommt, kann dies praktisch hilfreich sein.[2073]

Daraus folgen einige willkommene Nebeneffekte: Die rechtliche Beurteilung von Sicherungsinstrumenten wird zunächst für die Parteien der Sicherungsabrede einfacher und damit kostengünstiger. Gleiches gilt darüber hinaus für dritte Gläubiger des Sicherungsgebers, die ihre potentiellen Befriedigungsaussichten oder Rangverhältnisse klären wollen, denen sie im Fall einer Kreditgewährung unterliegen würden. Zudem wird durch einen einheitlichen rechtlichen Rahmen der Wettbewerb zwischen jenen Akteuren transparenter, die diesem Rahmen unterliegen. Je weiter dieser Rahmen gefasst ist, desto breiter die Vergleichbarkeit.[2074]

Besonders deutlich ist der Vereinfachungseffekt beim Import von Sicherungsgut, an dem nach fremdem Recht eine im Inland unbekannte Mobiliarsicherheit begründet worden ist. Der explizit umfassende Ansatz des DCFR erleichtert die

---

zügiger Verwertung besondere praktische Bedeutung erlangen kann. Vgl in diesem Zusammenhang besonders IX.–7:208(2) und IX.–7:211(2) DCFR.

2071 Nachweise oben III.E.1. unter 2.

2072 Zum Teil ließen sich mit stärker funktional ausgerichtetem Zugang auch inhaltlich überzeugendere Ergebnisse erzielen; etwa wenn man funktional einer Ankaufsfinanzierung dienende Sale-and-lease-back-Transaktionen anderen Anschaffungsfinanzierungs-Sicherheiten gleichstellt. Vgl einerseits III.E.1. unter 2. (bei FN 979) zum österreichischen Recht und andererseits unten V.E. zum einheitlichen Rahmen für *acquisition finance devices* nach dem DCFR.

2073 Weniger positiv die Bewertung bei *de Groot* in *van Erp/Salomons/Akkermans,* Future of European Property Law 137 (144 ff), die darauf hinweist, dass mit der Wahl einer bestimmten rechtlichen Form neben der Sicherungsfunktion auch sonstige (zB steuerliche oder bilanzrechtliche) Zwecke verfolgt werden können und diese durch eine Recharakterisierung der Transaktion im Kreditsicherungsrecht unterminiert werden könnten.

2074 Zu diesen Aspekten vgl UNCITRAL Legislative Guide 56 f.

Anerkennung solcher Sicherungsrechte erheblich. Sie werden zudem automatisch gleichbehandelt wie alle im Inland begründeten Mobiliarsicherungsrechte. Dem internationalen Wirtschaftsverkehr kann dies nur dienlich sein.[2075]

i. Fazit

Aus der bisherigen Erörterung sind keine Gründe hervorgekommen, die mit signifikantem Gewicht gegen den vom DCFR propagierten grundsätzlich funktionalen Ansatz eines einheitlichen *security right* sprechen würden. Vielmehr stimmt dieser Ansatz in einer ganzen Reihe von Teilaspekten mit jenen Ergebnissen überein, zu denen sich das österreichische Recht im Laufe der Entwicklung vorgearbeitet hat (Gleichbehandlung in Bezug auf Publizitätsanforderungen; Wirkung in der Insolvenz des Sicherungsgebers). In anderen Teilbereichen setzt er diese bereits eingeschlagene Entwicklung in Einklang mit gewichtigen Stimmen der österreichischen Rechtswissenschaft konsequent fort (Akzessorietät; Wirkung in der Einzelzwangsvollstreckung) oder liefert Lösungen zu bekannten Problembereichen der Sicherung durch Vollrechtsübertragung, die gegenüber dem geltenden Recht als Fortschritt anzuerkennen sind (Mehrfachbesicherung; Übersicherung; Integration atypischer oder fremder Sicherungsformen). Im Bereich der Verwertung konnte trotz lediglich rudimentärer Untersuchung festgehalten werden, dass jedenfalls keine Effizienzverluste zu gewärtigen sind. In Summe bietet sich der funktionale Ansatz des DCFR als Entwicklungsoption für das österreichische Recht somit nachhaltig an.

Neben Interessengesichtspunkten kann der einheitliche Ansatz auf rechtstechnisch-legistischer Ebene insoweit Vorteile für sich verbuchen, als dogmatische Konsistenz in besonderem Maße gefördert und inhaltliche Vollständigkeit in Hinblick auf die sich stellenden Ordnungsfragen sehr weitgehend erreicht werden. Wie stark man solche Aspekte gewichtet, ist naturgemäß eine zweite Frage. Im Kontext sich verstärkender internationaler Verflechtungen werden Aspekte wie die Vollständigkeit, Klarheit und Sicherheit eines rechtlichen Ordnungsrahmens in ihrer Bedeutung tendenziell zunehmen. Sie in eine Entscheidungsfindung miteinzubeziehen, erscheint letztlich jedenfalls geboten. Ein Weiteres muss man dem DCFR-Ansatz eines einheitlichen Sicherungsrechts attestieren, das auf dieser Ebene von Bedeutung ist: Das Konzept eines beschränkten dinglichen Rechts auf vorzugsweise Befriedigung aus der Sache lässt sich, weil in Form des Pfandrechts längst geläufig, an die verschiedenen Nachbarrechtsgebiete wie Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsrecht bestens »anschließen«. Die Umsetzung eines DCFR-orientierten Reformprojekts wäre zwar jedenfalls eine beträchtliche legistische

2075 Vgl wiederum UNCITRAL Legislative Guide 57.

Aufgabe; die »Binnenintegration« in die Gesamtrechtsordnung fiele aber jedenfalls in Bezug auf das zentrale Konzept des einheitlichen Sicherungsrechts verhältnismäßig leicht. Dies ist unter anderem dann ein nicht geringer Vorteil, wenn man der Auffassung ist, dass ein solches Reformprojekt einzelne Begleitmaßnahmen in solchen anschließenden Rechtsgebieten wie insbesondere im Insolvenzrecht erfordern würde.[2076]

Ein letztes Gegenargument könnte dahin gehen, dass eine solche quasi bevormundende Gleichschaltung von Sicherungsrechten die Parteien (insbesondere den Gläubiger) daran hindern könnte, Transaktionen privatautonom nach ihren (bzw seinen) Bedürfnissen auszugestalten, und somit die besten aller möglichen Ergebnisse gerade verhindern würde. Entsprechende Kritik ist mitunter durchaus geäußert worden; oft gegen einen *functional approach* im Allgemeinen und nicht unbedingt mit Bezug auf das konkrete Regelungsumfeld im DCFR. Die Kritik verfolgt dabei oft eine bestimmte Interessenperspektive, betreibt also etwa im Interesse der Finanzwirtschaft die Vermeidung von Registrierungspflichten für Finanztransaktionen, die kurzfristig und unter geringem Kostenaufwand getätigt werden müssen.[2077] Solchen Befürchtungen kann nach dem DCFR zum Teil auf anderer Ebene als jener der Differenzierung nach Rechtsformen Rechnung getragen werden, insbesondere durch Zulassen der *control* als gleichwertiges Mittel zum Bewirken von *effectiveness* für Sicherungsrechte an *financial assets.* Im Übrigen ist zu beachten, dass Buch IX DCFR den Parteien in vielen Bereichen relativ weitgehende Gestaltungsspielräume zubilligt. Es liegt an den Gegnern eines funktionalen Ansatzes, in der weiteren Diskussion konkrete, privatautonom nicht sanierbare Nachteile desselben darzutun. Diese wären dann unter Berücksichtigung aller Interessenperspektiven (und nicht nur jener der Kritiker) zu würdigen. Nach dem Stand der hier geführten Auseinandersetzung unter Berücksichtigung konkret sichtbarer Gegengründe bleibt es aber dabei, dass der funktionale Ansatz des DCFR mit einem einheitlichen *security right* als Entwicklungsperspektive für Österreich empfohlen werden kann.

2076 Vgl unten V.C.2.b.(ii.) zur Diskussion um eine begleitende *carve-out*-Regelung im Insolvenzrecht.

2077 So ist etwa *Dalhuisen* vehement für eine strikte Unterscheidung von echten Sicherungsrechten, bedingten Kaufgeschäften (um diese geht es ihm, namentlich im Finanzsektor, besonders) und Verkäufersicherungen eingetreten; vgl *Dalhuisen* in *Hartkamp* et al, Towards a European Civil Code[2] 525 (535 ff) und oben FN 1697. Damit soll die Anwendung von Regeln über Sicherungsrechte (zB deren Registrierungspflicht; die Herausgabepflicht in Bezug auf Verwertungsüberschüsse; Akzessorietätsregeln) auf andere Transaktionen – mögen diese auch funktional der Sicherung des Gläubigers dienen – unterbunden werden.

3. Ausnahme bei retention of ownership devices

Wie angemerkt besteht vom umfassenden Ansatz eines einheitlichen Sicherungsrechts als beschränkten dinglichen Rechts auf vorrangige Befriedigung eine einzige, jedoch gewichtige Ausnahme: Wird Eigentum nicht zur Sicherheit einer Forderung übertragen, sondern bei Lieferung der Sache zurückbehalten, erfolgt keine Recharakterisierung in ein beschränktes dingliches Recht, sondern bleibt als Rechtsform der Sicherheit ein **vollwertiges Eigentumsrecht** erhalten. Buch IX DCFR spricht von *retention of ownership devices* (IX.–1:103(1) DCFR). Im Folgenden ist zu beurteilen, ob der DCFR sich auch mit diesem Konzept zur Übernahme in das österreichische Recht empfiehlt.

a. Beschränkte Relevanz der Differenzierung

Eine Antwort umfasst sinnvollerweise mehrere Schritte. Zunächst ist nochmals klarzustellen, dass die praktischen Konsequenzen dieser konzeptionellen Differenzierung beschränkt sind;[2078] im DCFR selbst im Wesentlichen auf den Bereich der **Verwertung.** Das ist aus österreichischer Sicht unter anderem insofern von Bedeutung, als sich rechtsformabhängige Differenzierungen in anderen Bereichen – im Besonderen in Hinblick auf die Publizität – bei näherer Betrachtung als wenig stichhaltig erwiesen haben. Trotz praktisch einhelliger Anerkennung der wirtschaftlichen Notwendigkeit des Eigentumsvorbehalts in seiner bekannten Form regt sich beständig dogmatisches Unbehagen in Hinblick auf die hier wie sonst nirgendwo hingenommene Publizitätslosigkeit dieses Sicherungsmittels im geltenden österreichischen Recht.[2079] Solchen aus der österreichischen Diskussion vertrauten Bedenken kommt der DCFR auch vollauf entgegen, indem er Publizitätsfragen gerade nicht an die Rechtsform knüpft, sondern den Eigentumsvorbehalt wie andere Sicherungsformen für Anschaffungsfinanzierungen in Bezug auf *effectiveness* und *priority* grundsätzlich an eine Registrierung knüpft.[2080]

b. Konkrete Konsequenzen

1. Zum Zweiten ist die Frage zu stellen, ob der DCFR innerhalb jenes Regelungsbereichs, in dem sich tatsächlich praktische Unterschiede aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Konstruktionen ergeben, sinnvolle Lösungen anbietet. Hierzu kann zunächst festgehalten werden, dass das Konzept der *retention of owner-*

2078 Vgl etwa Comment B zu IX.–1:103, DCFR Full Edition 5398.

2079 Vgl die nähere Auseinandersetzung zu den Publizitätsanforderungen im Vergleich zu Pfandrecht und Sicherungsübereignung im österreichischen Recht oben III.D.1.a.

2080 Hierzu im Einzelnen unten V.E.2.

ship devices zwar aus dem grundsätzlich funktionalen Ansatz eines einheitlichen Sicherungsrechts ausbricht, innerhalb dieses Ausnahmebereichs allerdings sehr wohl wieder **Gleichbehandlung aufgrund funktionaler Äquivalenz** anstrebt und auch erreicht: Neben dem Eigentumsvorbehalt werden beispielhaft Mietkauf-, Finanzierungsleasing- und Konsignationsgeschäfte mit Sicherungsfunktion einbezogen. Viele der oben angesprochenen Vereinfachungs-, Vervollständigungs- und Vergleichbarkeitseffekte[2081] können – beschränkt nun auf den Anwendungsbereich des Konzepts der *retention of ownership devices* – somit auch hier erwartet werden.

2. Sodann fragt sich, ob jene Regeln, die von den für *security rights* geltenden substanziell abweichen, für sich in Anspruch nehmen können, der Interessenlage bei *retention of ownership devices* besser zu entsprechen. Damit ist letztendlich nichts anderes als die Grundsatzfrage aufgeworfen, ob es einer eigenständigen Kategorie von *retention of title devices* neben dem Konzept eines einheitlichen *security right* überhaupt bedarf. Hierzu ist nach dem bisherigen Diskussionsstand keine wirklich eindeutige Antwort zu erwarten. Die Frage war bereits im Zuge der Ausarbeitung von Buch IX DCFR heftig umstritten[2082] und wird es weiter bleiben; insbesondere auch dann, wenn man sich dazu verständigt, auf Grundlage des DCFR oder vergleichbarer Modelle in eine Diskussion über europäische Vereinheitlichungs- oder Harmonisierungsmaßnahmen einzutreten.

Aus Sicht der vorliegenden Arbeit, die hier vor allem der Frage nachgehen will, ob sich das Modell des DCFR als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht empfiehlt, stellt sich das Problem insoweit entschärft dar, als Buch IX für die Sicherung von Anschaffungsfinanzierungen letztlich **beide Modelle** – Sicherung mittels zurückbehaltenem Eigentum als auch mittels (zurückbehaltenem oder vom Sacherwerber eingeräumtem) beschränktem dinglichem Befriedigungsrecht – anbietet.[2083] An dieser Stelle darf es daher genügen, die wesentlichen konzeptionsbedingten Unterschiede überblicksmäßig herauszustellen. Sollten sich dabei einzelne Ergebnisse aus österreichischer Sicht als inakzeptabel erweisen, wäre dies entsprechend zu vermerken. Ansonsten läge es in erster Linie in der Hand der Parteien, die aus ihrer Sicht passendere Sicherungsalternative zu wählen.[2084]

3. Praktische Unterschiede zwischen den beiden Sicherungsmodellen ergeben sich einerseits aus DCFR-Regeln selbst, und zwar wie angedeutet primär im

2081 Vgl im vorstehenden Kapitel unter V.B.2.h.

2082 Für Eingliederung in ein wirklich umfassendes *security right* aus dem Kreis des *advisory boards* der für Buch IX zuständigen Arbeitsgruppe zB *Veneziano,* Juridica International 14 (2008) 89 (90 ff); dagegen letztlich Comments A und B zu IX.–1:103, DCFR Full Edition 5396 ff.

2083 Vgl etwa *W. Faber,* JBl 2012, 424 (424).

2084 Zu einigen aus Parteienperspektive praktisch relevanten Unterschieden zwischen den beiden Konzepten im weiteren Verlauf dieses Kapitels sowie unten V.E.1.

Bereich der Verwertung. Ein solcher Unterschied liegt darin, dass die Geltendmachung eines *retention of ownership device* durch **Rücktritt** vom Kauf-, Mietkauf-, Leasing- oder Konsignationsvertrag erfolgt (IX.–7:301(1) DCFR). Die zu sichernde Forderung wird damit vernichtet, zugleich aber der rechtliche Grund für den Erwerber zum Behalten der Sache beseitigt und dem gesicherten Gläubiger (Lieferanten) die Möglichkeit zur Rückforderung des Vertragsgegenstands eröffnet. Insgesamt soll soweit wie möglich die Situation vor Abschluss des nun gescheiterten Absatzgeschäfts wiederhergestellt werden.[2085] Bei der Geltendmachung eines *security right* hingegen bleibt die gesicherte Forderung aufrecht und wird diese aus dem Sachwert befriedigt. Abgesehen hiervon sind die Voraussetzungen, unter denen der gesicherte Gläubiger die Verwertung durchführen kann, zumindest in Grundwertungen vergleichbar: Ist der Sicherungsgeber (Erwerber) Verbraucher, muss diesem die bevorstehende Ausübung von verwertungsbezogenen Rechten in jedem Fall zumindest zehn Tage im Voraus angezeigt werden.[2086] Vor der eigentlichen Realisierung im Wege außergerichtlicher Verwertung besteht nach den detaillierten Anordnungen in den Artikeln IX.–7:208 bis IX.–7:210 DCFR nochmals eine Verständigungspflicht (auch gegenüber bestimmten dritten Personen). Diese Bestimmungen gelten nur für die Verwertung von *security rights.* Der säumige Erwerber erhält aber auch bei Sicherung durch *retention of ownership device* jedenfalls eine Warnung, da der Rücktritt *(termination)* auch nach dem DCFR grundsätzlich einer Nachfristsetzung bedarf (III.–3:503 DCFR). An diesen Regelungen findet sich nichts, was aus österreichischer Perspektive Bedenken wecken würde. Die Geltendmachung eines Eigentumsvorbehalts durch Rücktritt und Rückforderung entspricht dem geltenden Recht. Die alternativ mögliche Sicherung durch ein zurückbehaltenes Sicherungsrecht und dessen Realisierung bei Aufrechterhalten der gesicherten Forderung entspricht jahrzehntelangen Bestrebungen in der Praxis[2087] und kann insoweit als willkommene Fortentwicklung gelten.

4. Tritt der Gläubiger bei Sicherung durch *retention of ownership device* nach dem Gesagten vom Vertrag zurück, kann er die Sache als Eigentümer zurückverlangen und als solcher ohne weitere Beschränkung über dieselbe verfügen. In diesem Kontext ergibt sich ein zweiter praktischer Unterschied zwischen den beiden Sicherungsalternativen, der in den Vorarbeiten zu Buch IX den hauptsächlichen rechtspolitischen Streitpunkt zur Berechtigung der *retention of ownership devices* als eigenständige Kategorie gebildet hat: Während bei Verwertung eines *security right,* seiner Funktion als Sicherung einer Forderung entsprechend, der Gläubiger aus

2085 Vgl Comments A und B zu IX.–7:301, DCFR Full Edition 5664.
2086 Näheres in IX.–7:107 DCFR, der für die Verwertung von *security rights* im technischen Sinne und *retention of ownership devices* gleichermaßen gilt.
2087 Zu diesen oben III.D.2. unter 2. und 3.

dem Realisat nie mehr behalten darf als dem Umfang der gesicherten Forderung entspricht, gilt diese Beschränkung bei Verwertung eines *retention of ownership device* nicht: Gelingt es dem Sicherungsnehmer (Lieferanten), im Zuge eines neuerlichen Verkaufs oder einer anderen Verwertung mehr aus der Sache zu erlösen als er aus seiner ursprünglichen gesicherten Forderung zu beanspruchen hätte, darf er sich diesen Überschuss ***(surplus)*** behalten. IX.–7:301(3) DCFR schreibt dies ausdrücklich fest. Allzu häufig wird diese Frage nicht praktisch werden. Meist sinkt der Wert der Sache durch den inzwischen ausgeübten Gebrauch zu sehr ab, als dass im Zuge eines nochmaligen Verkaufs ein Überschuss erzielt werden könnte. Realistisch ist ein *surplus*-Szenario aber zB bei Rohstoffen, deren Preis durch die allgemeine Marktentwicklung nach dem ersten Verkauf ansteigt. Im Einzelfall mag es auch denkbar sein, dass es dem Lieferanten beim zweiten Verkauf infolge besonderer Bemühungen gelingt, einen besseren Preis zu erzielen.

Die in der Diskussion vorgebrachten Argumente für die beiden verschiedenen Lösungen beziehen sich einmal auf die Frage, wieweit man mit der formalen Position des Lieferanten als Eigentümer Ernst machen oder vielmehr die Sicherungsfunktion dieses Eigentums in der Entscheidungsfindung gewichten soll.[2088] Zum Teil ähneln sie sich sogar in verblüffender Weise: Während die Comments zum DCFR betonen, der Sicherungsgeber (Vorbehaltskäufer) habe zum späteren Überschuss in keiner Weise beigetragen außer indirekt durch seinen Zahlungsverzug,[2089] lautet das Gegenargument üblicherweise, dem Sicherungsnehmer (Vorbehaltsverkäufer) sollten keine Zufallsgewinne aufgrund allgemeiner Marktentwicklungen zufallen.[2090] Nach hier vertretener Auffassung sprechen die besseren Gründe eigentlich für die zweitgenannte Position, also dafür, die Sicherungsfunktion des jeweiligen Instruments in den Vordergrund zu stellen und einen etwaigen Mehrerlös dem Sicherungsgeber bzw in dessen Insolvenz der Masse zukommen zu lassen.[2091] Aber auch wenn man den Absatzcharakter der Transaktion betont, wird man anerkennen müssen, dass sich der Lieferant im Verkaufszeitpunkt privatautonom entschieden und verpflichtet hat, die Sache zum damals vereinbarten Preis aus der Hand zu geben. Dass er später aus welchen Gründen auch immer mehr hätte lukrieren können, ist – bei jedem Verkauf oder sonstigen Absatzgeschäft – wirtschaftliches Risiko des Lieferanten. Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts (oder äquivalenten Sicherungsmechanismus)

2088 Präferenz für den zweitgenannten Ansatz etwa bei *Veneziano* in *Sagaert/Storme/Terryn,* Draft Common Frame of Reference 305 (311 f); vgl auch *Veneziano,* Juridica International 14 (2008) 89 (95).

2089 So Comment E zu IX.–7:301, DCFR Full Edition 5666.

2090 Vgl etwa *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 265 f (Rn 7.09) zum englischen Recht; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 456 zum DCFR.

2091 Dieser Zugang entspricht wie gesehen auch den jüngeren Entwicklungen im französischen (oben IV.C.6.a.) und belgischen Recht (oben IV.D.7.c.).

hat den Zweck, die Risiken des Lieferanten in Bezug auf Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Abnehmers zu minimieren; nicht hingegen, dem Verkäufer das ökonomische Risiko sich nachträglich als ungünstig erweisender Dispositionen abzunehmen.

Der DCFR lässt wie erwähnt beide Alternativen an Sicherungsinstrumenten und damit auch beide Lösungen zur *surplus*-Problematik zu. Fragt man nach seiner Tauglichkeit als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht, erweist sich dieser Ansatz vermutlich als glückliche Entscheidung.[2092] Sie ermöglicht das Festhalten an Gewohntem ebenso wie das Fortschreiten zu konzeptionell stringenteren Alternativen und überlässt die Entscheidung den Parteien.

5. Ein ähnlicher Befund ergibt sich zu zwei weiteren, im DCFR nicht unmittelbar geregelten, aber ständig mitgedachten Bereichen von praktisch erheblicher Bedeutung, nämlich zur Wirkung der *retention of ownership devices* in der **Insolvenz** des Sicherungsgebers (Abnehmers) bzw im Fall der **Einzelzwangsvollstreckung** in die gelieferte Sache durch einen dritten Gläubiger: Dem Vollrechtscharakter der Sicherheit entspricht, dass der gesicherte Gläubiger in der Insolvenz des Erwerbers zur Aussonderung (§ 44 IO), in der Einzelexekution zur Exszindierung (§ 37 EO) berechtigt ist.[2093] Dies entspricht wiederum dem geltenden österreichischen Recht. Zwar kann man auch hier mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass den Interessen des Lieferanten mit einem Absonderungsrecht bzw einem Recht auf bevorzugte Befriedigung ausreichend gedient ist.[2094] Doch erweist sich letztlich auch in diesem Bereich die Entscheidung des DCFR, beide Sicherungskonzepte anzuerkennen, als pragmatischer und im Ergebnis möglicherweise erheblich akzeptanzfördernder Kompromiss. Der im Wirtschaftsleben in seiner gewohnten Form massiv verankerte Eigentumsvorbehalt wird damit, zumindest was seine Wirkung in Insolvenz und Exekution betrifft,[2095] nicht zur conditio sine qua non einer größer anzulegenden Reform. Ringt man sich bis dahin zu einem reinen Sicherungsrecht als hinreichende Verkäufersicherung durch, lässt sich dies – in Einklang mit jüngeren Rechtsentwicklungen in Frankreich und Belgien[2096] und möglicherweise in näherer Zukunft auch in anderen Staaten – rechtstechnisch leicht realisieren. Ist das nicht der Fall, kann es bei dem im DCFR bereits vorgezeichneten Modell, das ein Anknüpfen an Gewohntes weiter ermöglicht, bleiben.

2092 Ähnlich *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 456 f.

2093 Vgl in diesem Sinne auch Comments A und B zu IX.–1:103, DCFR Full Edition 5397 f.

2094 Vgl wiederum *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 195 ff mwN zur deutschen Diskussion de lege lata et ferenda. Für Beibehalten eines Aussonderungsrechts in der Insolvenz hingegen *Matz,* Eigentumssicherheiten 365 ff.

2095 Ein zweites großes Thema ist natürlich die Frage des Registrierungserfordernisses für *effectiveness* und Rangwahrung. Dazu unten V.E.2.b. bzw V.E.2.c.

2096 Verweise oben in FN 2091.

C. Möglichkeiten und Grenzen umfassender Sicherung

Das folgende Kapitel befasst sich mit verschiedenen Ausprägungsformen des Bestrebens, dingliche Sicherheiten möglichst umfassend auszugestalten: Das Schuldnervermögen soll in weitestmöglichem Umfang belastet werden können, und zwar das gegenwärtig vorhandene ebenso wie das zukünftige. Ebenso soll es möglich sein, dingliche Sicherheiten frühzeitig für Forderungen zu begründen (oder zumindest zu »reservieren«), die erst in Zukunft entstehen werden. Buch IX DCFR schafft für derartige Bestrebungen relativ günstige Rahmenbedingungen. Es handelt sich dabei allerdings keineswegs um ein Spezifikum gerade dieses Modellregelwerks. Article 9 UCC und der UNCITRAL Legislative Guide gehen ebenso in diese Richtung wie, mit Unterschieden im Einzelnen, die oben näher betrachteten europäischen Rechtsordnungen.

Die bisherige Diskussion zum österreichischen Recht zeigt, dass einerseits ein eminenter Bedarf gesehen wird, den Kreis der faktisch als Kreditgrundlage nutzbaren Vermögenswerte zu erweitern. Andererseits wird mit Reformprojekten, die diesen Bedürfnissen Rechnung zu tragen versuchen, die Befürchtung verbunden, einzelne Kreditgeber könnten zu Lasten der übrigen mehr oder minder die gesamte verfügbare Haftungsmasse des Schuldners absorbieren. Auch der DCFR wird sich dieser Diskussion zu stellen haben. Inwieweit sich die dort unterbreiteten Vorschläge als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht empfehlen, hängt in diesem Bereich mehr als in den meisten anderen von rechtspolitischen Zielsetzungen und Wertentscheidungen ab. Es wird daher im Folgenden zum einen darum gehen, die Position des DCFR zu den einzelnen Regelungsaspekten herauszuarbeiten und mögliches Problempotenzial zu benennen. An diesen Grundlagen kann eine rechtspolitische Diskussion ansetzen.

1. Besitzlose Sicherheit an Fahrnis

In einem praktisch ganz wesentlichen Punkt ermöglicht der DCFR – wie jedes funktionierende Registersystem – einen signifikanten Fortschritt gegenüber dem geltenden österreichischen Recht: Die wirksame Begründung eines Mobiliarsicherungsrechts an beweglichen körperlichen Sachen ist **in allen Fällen** auch ohne Übertragung des Besitzes an den Gläubiger **möglich**. Dies gilt für alle drei vom DCFR unterschiedenen sachenrechtlichen Ebenen. Für die *creation* genügt grundsätzlich eine formlose Einigung.[2097] Im Übrigen genügt die Registrierung des Sicherungsrechts, die relativ einfach und gegebenenfalls für eine Vielzahl an

2097 Dass eine Besitzübertragung hier nicht erforderlich ist, stellt IX.–2:103 DCFR nochmals ausdrücklich klar.

Einzelgegenständen in einem vorgenommen werden kann. Mit erfolgtem Registereintrag ist das Sicherungsrecht voll drittwirksam und erhält den zum Registrierungszeitpunkt verfügbaren Rang.[2098]

Die praktische Bedeutung eines solchen Entwicklungsschritts braucht wohl nicht besonders betont zu werden: Fahrzeuge aller Art, Maschinen unabhängig von Größe, Gewicht und Sperrigkeit, Einrichtungsgegenstände unabhängig von Größe, Anzahl und ihrer Qualifikation als »Gesamtsache« etc können problemlos als Kreditunterlage herangezogen werden und zugleich vom Sicherungsgeber genutzt werden.[2099] Gleiches gilt natürlich für jene Vermögenswerte, für die nach geltendem Recht aufgrund ihres Gewichts und ihrer Größe (wie bei manchen Maschinen) oder ihrer großen Zahl (wie bei Warenlagern) eine Verpfändung durch Zeichen gemäß § 452 ABGB grundsätzlich offensteht, häufig aber mit erheblichen Risiken verbunden ist. Die Registrierung bietet dem Gläubiger hier Sicherheit in der Begründung (gegenüber unsicheren Grenzen einer »Untunlichkeit« der körperlichen Übergabe und rigiden, praktisch oft nicht handhabbaren Anforderungen an den Entzug des Sicherungsguts vor dem Zugriff des Sicherungsgebers) ebenso wie Bestandssicherheit (gegenüber dem Risiko eines nachträglichen Wegfalls der »Zeichen«).[2100]

Dass eine solche Entwicklung, für sich genommen, positiv zu bewerten wäre, dürfte kaum Widerspruch erfahren.

2. Globale Belastung des Schuldnervermögens

Schwieriger wird die Bewertung allerdings, wenn man die einfache Begründung dinglicher Sicherungsrechte an sämtlichen Arten von Mobilien in einen breiteren Kontext stellt. Abhängig von der näheren Ausgestaltung des konkreten rechtlichen Rahmens könnte es einem Gläubiger mit entsprechender Verhandlungsstärke möglich sein, gegebenenfalls sogar relativ leicht möglich sein, das bewegliche Schuldnervermögen nahezu ausnahmslos mit dinglichen Sicherungsrechten zu belasten. Handelt es sich zudem um den »ersten« dinglich gesicherten Gläubiger, wie typischerweise um die das Schuldnerunternehmen seit der Gründungsphase finanzierende Hausbank, tritt zur umfassenden Breite der Sicherheit eine optimale Rangposition noch hinzu.

Diesem Fragenkreis ist nun bezogen auf das Regelungsmodell des DCFR nachzugehen. Die Untersuchung konzentriert sich, der Schwerpunktsetzung der

2098 Zu den unterschiedlichen Aspekten des Begründungsvorgangs darf hier ein Verweis auf den oben V.A.2.c. gegebenen Überblick genügen.

2099 Dies gegenüber dem Übergabeerfordernis nach § 451 ABGB für die Verpfändung von Fahrnisgegenständen, die eine körperliche Übergabe zulassen; vgl zum geltenden Recht insbesondere oben III.A.1.c. und III.A.1.f.

2100 Vgl demgegenüber die Praxis zu § 452 ABGB, oben III.A.2.

Arbeit insgesamt entsprechend, auf Sicherheiten an Fahrnisvermögen und Forderungsbeständen.

a. *Der rechtliche Rahmen nach dem DCFR*

(i.) Im Allgemeinen

Ausgangspunkt für eine Beurteilung der Globalsicherungsfreundlichkeit des DCFR ist die ihm eigene Dreigliederung sachenrechtlich relevanter Aspekte in die Konzepte der *creation, effectiveness* und *priority* mit grundsätzlich jeweils eigenen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Wesentlich ist zudem, dass *creation* einerseits und *effectiveness* bzw Rangwirkung (die idR gleichzeitig eintreten) andererseits zu völlig unterschiedlichen Zeitpunkten bewirkt werden können. Insbesondere möglich ist das Reservieren einer exekutions- und insolvenzfesten Position *(effectiveness)* und eines günstigen Rangs durch Registrierung vor Abschluss der *creation (advance filing).* Schließlich ist von Bedeutung, dass die Voraussetzungen der *creation* – namentlich bei der *creation by granting,* von welcher in der Folge primär zu handeln ist[2101] – sehr klar in verschiedene Tatbestände aufgegliedert worden sind, deren Verwirklichung wiederum in grundsätzlich beliebiger Reihenfolge möglich ist.

1. Im Einzelnen gelten folgende Regeln, wobei das Augenmerk zunächst auf den Bestimmungen zur ***creation*** liegen soll, deren Voraussetzungen sich im Fall der *creation by granting* aus IX.–2:102 und IX.–2:105 DCFR ergeben:[2102] Dabei hält IX.–2:102(b) DCFR zunächst die im Grunde selbstverständliche Voraussetzung fest, dass ein Sicherungsrecht nur an einem verkehrsfähigen Vermögenswert begründet werden kann *(»that the asset is **transferable**«).* Praktisch wichtig in diesem Kontext ist IX.–2:104(2) DCFR, nach dem ein Sicherungsrecht auch dann wirksam begründet werden kann, wenn der Eigentümer des Sicherungsguts gegenüber einem Dritten ein vertragliches Veräußerungs- bzw Belastungsverbot eingegangen ist. Verglichen mit dem geltenden österreichischen Recht ergibt sich dadurch eine gewisse, praktisch freilich nicht besonders ins Gewicht fallende Ausweitung im Bereich der Kreditsicherung durch Forderungen: § 1396a ABGB stellt lediglich

---

2101 Sicherungsrechte, die durch *retention* begründet werden (IX.–2:113 DCFR für *security rights,* IX.–2:201 DCFR für *retention of ownership devices)* beziehen sich immer nur auf die vom Veräußerer selbst gelieferten Sachen (und allenfalls deren Surrogate). Globalsicherungseffekte im Sinne einer umfassenden Belastung des Schuldnervermögens können hier allenfalls bezogen auf diese Vermögenswerte auftreten.

2102 Zusätzlich zu den in diesem Unterkapitel angesprochenen *creation*-Voraussetzungen nennen diese Bestimmungen zwei weitere Erfordernisse, die hier erst weiter unten in jeweils passendem Kontext behandelt werden: die Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers über das Sicherungsgut (IX.–2:105(b) DCFR, dazu unten V.C.3.b.) und die Existenz der gesicherten Forderung (IX.–2:102(c) DCFR; hierzu unten V.C.4.).

für Geldforderungen aus zweiseitigen Unternehmergeschäften klar, dass vertraglichen Zessionsverboten keine absolute Wirkung zukommt.[2103] Der DCFR sieht keine derartigen Einschränkungen nach der Art des Sicherungsguts oder der Art des Ursprungsrechtsverhältnisses der als Sicherungsobjekt genutzten Forderung vor. Dass damit beispielsweise auch Verbrauchern die Möglichkeit eröffnet wird, Forderungen – die ja in einzelnen Fällen durchaus umfangreich sein können – unabhängig von etwaigen vertraglichen Verfügungsbeschränkungen jedenfalls als Kreditunterlage zu verwenden, ist mE durchaus positiv zu sehen.

Des Weiteren setzt die *creation* eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung des Sicherungsgebers zur Einräumung der Sicherheit aus dem Sicherungsvertrag (IX.–2:105(c) DCFR) und die Einigung von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer über die Einräumung eines Sicherungsrechts an den gesicherten Gläubiger, mithin ein Verfügungsgeschäft, voraus (IX.–2:105(d) DCFR). Beides entspricht im Wesentlichen dem österreichischen Recht. Gleiches gilt für die in IX.–2:102(a) DCFR genannte Voraussetzung der Existenz des Sicherungsobjekts. Die Comments stellen allerdings klar, dass das erforderliche *»agreement to create«* (womit das Verfügungsgeschäft gemeint sein wird) auch vor Existentwerden des Sicherungsguts wirksam abgeschlossen werden kann; sein Effekt tritt allerdings erst dann ein, wenn das betreffende Objekt entsteht[2104] (sofern dann sämtliche *creation*-Erfordernisse erfüllt sind). Auch IX.–2:104(3) DCFR enthält eine entsprechende Klarstellung.[2105] Dies entspricht einem allgemeinen, mehrfach ausgedrückten Prinzip dieses Regelungsabschnitts, nämlich dass die *creation by granting* grundsätzlich automatisch in dem Zeitpunkt eintritt, in dem sämtliche *creation*-Voraussetzungen erfüllt sind (es sei denn, ein späterer Zeitpunkt wäre vereinbart worden).[2106]

Der interessanteste Anwendungsfall dieses Grundsatzes aus österreichischer und deutscher Sicht betrifft die in IX.–2:105(a) DCFR als separate Tatbestandsvoraussetzung normierte **Identifizierung** des Sicherungsguts. Die *creation by granting* erfordert danach, dass *»the asset to be encumbered is specified by the parties«.* Mit dieser Regel trägt Buch IX dem allgemeinen sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip Rechnung.[2107] Dass die Identifizierung des von einer Verfügung betroffenen

---

2103 Soweit diese Bestimmung nicht anwendbar ist, hält die Rechtsprechung weiter an der in OGH 5 Ob 609/81, SZ 57/8 durch verstärkten Senat festgeschriebenen absoluten Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote fest; vgl zuletzt OGH 6 Ob 113/06w, RZ 2006, 284.

2104 Comment B zu IX.–2:102, DCFR Full Edition 5412.

2105 Danach entsteht das Sicherungsrecht, wenn die Parteien ein solches an einem zukünftigen, nur generisch bestimmten oder nicht verkehrsfähigen Sicherungsobjekt (vermeintlich) begründen, dann, wenn dieses existent, spezifiziert bzw verkehrsfähig wird.

2106 Vgl IX.–2:106 DCFR sowie IX.–2:110 DCFR bei vorläufigem Fehlen bestimmter weiterer Voraussetzungen in besonderen Fällen (Begründung von Sicherungsrechten durch Verbraucher, IX.–2:107 DCFR; bzw gutgläubiger Erwerb eines Sicherungsrechts, IX.–2:108 DCFR).

2107 Comment B zu IX.–2:105, DCFR Full Edition 5418.

Objekts als selbständige Voraussetzung genannt wird, ist für den DCFR an sich typisch; im Fall der *creation* wird diese Verselbständigung allerdings besonders konsequent durchgeführt: Bei der Eigentumsübertragung an Mobilien hat sich die Identifizierung stets auf die schuldrechtliche Verpflichtung zu beziehen,[2108] bei der Übertragung künftiger Forderungen auf das Verfügungsgeschäft *(act of assignment).*[2109] Bei der *creation* eines Sicherungsrechts muss sich ausweislich der Comments die Spezifizierung ausdrücklich nicht unbedingt aus dem Inhalt des Bestellungsvertrags ergeben, sie kann auch (überhaupt) zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Bei späterer Erfüllung der Identifizierungsvoraussetzung gilt nach IX.–2:104(3) Satz 1 DCFR, dass das Sicherungsrecht zu diesem späteren Zeitpunkt entsteht.[2110] Das Spezifizierungserfordernis wird damit, wie bereits die Anordnung als selbständige und gleichrangige Tatbestandsvoraussetzungen nahelegt, vom schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft ebenso wie vom Verfügungsgeschäft konzeptionell völlig entkoppelt. Natürlich spricht aber nichts dagegen und wird es meist auch der Fall sein, dass alle drei Voraussetzungen durch ein und dieselbe Vereinbarung erfüllt werden. Die näheren Anforderungen an eine wirksame Spezifizierung des Sicherungsguts im Rahmen der *creation,* die für die Möglichkeit einer globalen Belastung des Schuldnervermögens evidentermaßen von entscheidender Bedeutung sind, werden etwas weiter unten einer eingehenderen Diskussion unterzogen.[2111]

2. Zuvor soll allerdings noch der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich im Rahmen der **Registrierung**, der im vorliegenden Zusammenhang besitzloser Globalsicherung für die Aspekte der *effectiveness* iSd Kapitels 3 und der Rangwirkung iSd Kapitels 4 zentrale Bedeutung zukommt, potentielle Einschränkungen ergeben. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn das Registersystem eine

---

2108 Siehe VIII.–2:101(3) Satz 1 DCFR: »*Where the contract or other juridical act, court order or rule of law* [damit werden die möglichen Entstehungsgründe der schuldrechtlichen Übereignungsverpflichtung zusammengefasst, Anm] *defines the goods in generic terms, ownership can pass only when the goods are identified to it.*« Buch VIII zur Eigentumsübertragung verzichtet bewusst auf ein Verfügungsgeschäft als eigenständige Tatbestandsvoraussetzung. Zu den Gründen Comment D zu VIII.–2:101, DCFR Full Edition 4417 ff bzw Comment D zu VIII.–2:101 in *Lurger/W. Faber* et al, Principles of European Law: Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq Own) (2011) 444 ff; einführend *W. Faber,* Book VIII DCFR on Acquisition and Loss of Ownership of Goods, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives (2012) 323 (329 ff).

2109 Siehe III.–5:106(1) DCFR: »*A future right to performance may be the subject of an act of assignment but the transfer of the right depends on its coming into existence and being identifiable as the right to which the act of assignment relates.*« Zu den Abtretungsvoraussetzungen im Allgemeinen siehe III.–5:104 DCFR, aus welcher Bestimmung sich auch die Unterscheidung zwischen schuldrechtlicher Verpflichtung (Absatz (1)(d)) und Verfügungsgeschäft (Absatz (1)(e) iVm III.–5:110 DCFR) ergibt.

2110 Comment B zu IX.–2:105, DCFR Full Edition 5418.

2111 Siehe V.C.2.a.(ii.).

besonders genaue, allenfalls sogar individuelle Beschreibung jedes einzelnen Sicherungsobjekts im Registereintrag selbst verlangt. Unter den oben behandelten europäischen Registersystemen begegnen insofern verschieden strenge Anforderungen: Das neue belgische Recht verlangt eindeutige Identifizierbarkeit pfandbelasteter Vermögenswerte aus dem Register selbst, die sich allerdings auch mittels generischer Beschreibung bewirken lassen wird.[2112] Womöglich noch strengere Standards in Hinblick auf die Identifizierung des Sicherungsguts scheinen dem vor gut zehn Jahren von der Österreichischen Notariatskammer entwickelten Registermodell zugrundezuliegen.[2113] Das neue französische *gage*-Register für Fahrnispfänder verweist im Rahmen der ersten Stufe der Registerabfrage zwar lediglich auf eine Sachkategorie, der das Sicherungsgut angehört. Doch ist die Angabe jener (gesetzlich näher spezifizierten) Parameter, die eine Identifizierung des Sicherungsguts zulassen, als Voraussetzung für die Vornahme des Registereintrags definiert und werden diese Informationen dem abfragenden Interessenten auf der zweiten Recherchestufe, dh im Zuge einer Nachfrage beim zuständigen Gericht, von diesem zur Verfügung gestellt.[2114] Das englische System enthält in seiner primären Informationsquelle, den über das Register abrufbaren *particulars,* nur äußerst vage Informationen über das Sicherungsgut, doch kann nach der jüngsten Reform von 2013 der Bestellungsvertrag selbst im Register eingesehen werden (für den freilich keine genaueren Anforderungen hinsichtlich der Spezifizierung des Sicherungsguts normiert sind).[2115] Das niederländische Register enthält demgegenüber überhaupt keine Angaben zum Sicherungsgut.[2116]

Die Bandbreite erweitert sich noch, bezieht man außerhalb Europas existierende *notice-filing*-Systeme mit ein: So verlangt das neuseeländische Register in bestimmten Fällen im Rahmen der Beschreibung des Sicherungsguts die Angabe einer Seriennummer.[2117] Das australische Modell ist dem gefolgt.[2118] Ähnliche

2112 Vgl oben IV.D.4.b. unter 5.

2113 Vgl die Kurzzusammenfassung oben V.A.3. unter 2. sowie näher *Sauberer* in *Kühnelt,* Basel II 129 (137 ff). Nach diesem Modell scheint in Fällen, in denen keine individuelle Identifizierung des Sicherungsobjekts im regulären Registereintrag selbst (zB Serien- oder Fahrgestellnummer bzw Fahrzeugtype und Kennzeichen) möglich ist, an die Abrufbarkeit des Sicherungsvertrags gedacht zu sein (unklar ist freilich, ob in solchen Fällen der Zugang zum Sicherungsvertrag auch zwingend erforderlich sein soll).

2114 Näher oben IV.C.2.e.(i.) und IV.C.2.e.(ii.).

2115 Einzelheiten oben IV.E.3.c.

2116 Vgl oben IV.B.3.a. unter 3.

2117 Sections 140(d) und 142(1)(e) Personal Property Securities Act 1999 idgF. Zur Festlegung jener Vermögenswerte, deren Belastung die Angabe einer Seriennummer erfordert, besteht nach section 190(1)(d) eine Verordnungsermächtigung. Praktischer Hauptanwendungsfall dürften Kraftfahrzeuge sein.

2118 Der Personal Property Securities Act 2009 nimmt an den verschiedensten Stellen auf Vermögenswerte Bezug, deren Belastung durch Registrierung einer Seriennummer erfolgen kann oder muss. Erwähnt werden (neben Fahrzeugen) beispielsweise Patentrechte.

Bestimmungen begegnen auch in den kanadischen Personal Property Security Acts.[2119]

Der DCFR begnügt sich angesichts dieses Spektrums mit vergleichsweise geringen spezifizierungsrelevanten Angaben im Register: Erforderlich ist einmal die Angabe einer oder mehrerer **Kategorien** aus einer vorgegebenen Liste. Diese Kategorieangabe ist notwendiger Bestandteil der elektronisch an das Register übermittelten Eintragungsmeldung, sie scheint in der Folge im Register auf und die Rechtswirkungen bezüglich *effectiveness* und *priority* treten nur ein, wenn das Sicherungsgut den angeklickten Kategorien entspricht.[2120] Dabei ist es allerdings unschädlich, wenn – etwa, weil Zweifel hinsichtlich der exakten Zuordnung der Sicherungsgegenstände zu den vorgegebenen Kategorien bestehen – mehr als die tatsächlich zutreffenden Kategorien angegeben werden. Mit der Möglichkeit von Mehrfachangaben soll gerade verhindert werden, dass der Sicherungsgeber wegen Unsicherheiten bei der Zuordnung ein Scheitern der *effectiveness* seines Sicherungsrechts riskiert.[2121]

Der Informationswert und – im vorliegenden Zusammenhang – der Spezifizierungsgrad dieses Instruments der Kategorienangabe hängt natürlich in beträchtlichem Ausmaß von der konkreten Ausgestaltung dieser Kategorienliste ab. Hierzu machen die Artikeltexte wie auch die Comments zu Buch IX leider keine näheren Angaben. Ein vergleichbares Konzept verfolgt soweit ersichtlich[2122] nur das französische *gage*-Register. Die dort verwendete Liste von 17 Kategorien[2123] erscheint als Vorbild allerdings wenig geeignet: Sie enthält insbesondere viele praktisch wichtige Kategorien nicht (zB Kraftfahrzeuge, Geldforderungen, Immaterialgüterrechte, Wertpapiere), was offensichtlich mit der Beschränkung dieses Registers auf jene Bereiche zusammenhängt, für die das französische Recht nicht bereits eines seiner zahllosen speziellen Registerpfandsysteme vorgesehen und beibehalten hat. Andererseits scheinen manche der in die Liste aufgenommenen Kategorien recht eng bemessen (zB »Uhren und Schmuck«, »Musikinstrumente«, »Sportartikel«), während andere durchaus stärker untergliedert werden könnten (zB »unkörperliche Sachen mit Ausnahme von Gesellschaftsanteilen«). In diesem Bereich – dies muss man jedenfalls als praktisch durchaus erhebliche Unwägbarkeit in Bezug auf

2119 Auch hier sind die einzelnen Fälle, in denen die Beschreibung des Sicherungsgegenstands im *financing statement* eine Seriennummer enthalten kann oder muss, mit Verordnung zu bestimmen; vgl etwa section 76(1)(f)(iii) British Columbia Personal Property Security Act 1996.

2120 Siehe hierzu (in der Reihenfolge der Erwähnung im Text) IX.–3:306(1)(c), IX.–3:308(d) und IX.–3:310(1)(c) DCFR.

2121 Comments zu IX.–3:306, DCFR Full Edition 5505.

2122 Nicht verfolgt wird das Konzept einer vorgegebenen Kategorienliste für Registereinträge im UCC, in Neuseeland, Australien und im UNCITRAL Legislative Guide bzw UNCITRAL Model Law. Aus den kanadischen Personal Property Security Acts wurde stichprobenartig jener der Provinz British Columbia aus 1996 überprüft.

2123 Siehe oben IV.C.2.e.(i.) in FN 1262.

die Funktionsfähigkeit des DCFR-Modells festhalten – hängt vieles ganz entscheidend davon ab, dass es gelingt, ein den Registerzwecken angemessenes, für registrierende Gläubiger und registerabfragende Dritte gleichermaßen leicht handhabbares, einigermaßen aussagekräftiges Kategorienmodell zu entwickeln. Der vom DCFR in Einklang mit der internationalen Rechtsentwicklung grundsätzlich verfolgten Begünstigung globaler Belastungen wäre Rechnung zu tragen, beispielsweise durch Schaffung von Oberbegriffen bzw -kategorien (zB »Warenbestände« oder noch weitere, Rohstoffe und Fertigprodukte gleichermaßen erfassende Kategorien; »Geldforderungen«; *»proceeds«* oder eine ähnliche Sammelbezeichnung für Surrogate; möglicherweise auch *»all movable assets«).* Dass eine solche Kategorienliste gerade für ein potentiell pan-europäisches Registersystem grundsätzlich Sinn macht, leuchtet mE aber durchaus ein: Es wird nicht nur die erste Orientierung des abfragenden Registernutzers allgemein erleichtert; besondere praktische Bedeutung kann eine solche Orientierung an festgelegten Kategorien besonders dann erlangen, wenn der Drittinteressent die Sprache, in der der Registereintrag im Übrigen abgefasst ist, nicht oder nur unzureichend versteht.[2124] Die Kategoriebezeichnungen hätten in einem europäischen Register schließlich in allen Amtssprachen der teilnehmenden Staaten verfügbar zu sein.

In Hinblick auf den hier primär interessierenden Beitrag solcher Kategorieangaben zur Spezifizierung des Sicherungsguts kann allerdings jedenfalls festgehalten werden, dass der durch das Register generierte Individualisierungseffekt ein denkbar geringer sein wird. Es handelt sich ja, wie eng oder weit die Kategorien im Endeffekt auch gefasst sein mögen, jedenfalls um gattungsmäßige und dabei zusätzlich um sehr generell gehaltene Bezeichnungen.

Zweitens verlangt das DCFR-Register eine *»**minimum declaration** as to the encumbered assets«.* Auch diese Angabe ist notwendiger Bestandteil der Registrierungsmeldung, scheint im Register auf und muss das Sicherungsgut tatsächlich decken, damit die Rechtswirkungen hinsichtlich *effectiveness* und *priority* eintreten.[2125] Während die Stoßrichtung – dass es sich eben nur um Minimalangaben handeln muss – klar ist, fallen Konkretisierungen dieses Kriteriums in erläuternden Bestimmungen sowie in den Comments relativ vage aus. Die Comments beziehen sich auf die bloße *notice-filing*-Funktion des Registers und führen aus, dass »keine detaillierte Beschreibung« des Sicherungsguts verlangt wird und dass der Sicherungsnehmer nicht gehalten ist, vom Sicherungsrecht erfasste »individuelle Vermögenswerte zu identifizieren«.[2126] Letzterer Grundsatz wird in IX.–3:110(2)(b) DCFR ausdrücklich wiederholt. Auch diese Regelung ist vom Bestreben getragen, den Gläubiger nicht unnötig zu belasten: Er soll nicht die Unwirksamkeit des

2124 Hierauf weisen die Comments zu IX.–3:306, DCFR Full Edition 5505 mit Recht hin.
2125 Siehe IX.–3:306(1)(b), IX.–3:308(d) bzw IX.–3:310(1)(b) DCFR.
2126 Comments zu IX.–3:306, DCFR Full Edition 5505.

Sicherungsrechts allein aus dem Grund riskieren müssen, dass das Sicherungsgut im Register nicht ausreichend individualisiert ist. Drittinteressenten sei mit einer Warnung ausreichend gedient.[2127] Daneben bestehen zwei ergänzende Regelungen. Eine bezieht sich auf Surrogate des ursprünglichen Sicherungsguts und legt fest, dass ein Registereintrag *effectiveness* in Bezug auf Früchte, Verarbeitungsprodukte, Erlöse und andere vom ursprünglichen Sicherungsgut verschiedene Vermögenswerte nur dann bewirkt, wenn die *minimum declaration* auch diese Vermögenswerte umfasst (IX.–3:310(2)(a) DCFR). Die zweite ist einigermaßen kryptisch formuliert und besagt, dass für die Zwecke der *minimum declaration* eine *»declaration that the creditor is to take security over the security provider's assets or is to retain ownership as security«* genügt (IX.–3:306(2) DCFR). Wenn dieser Bestimmung die Funktion zukommen soll, Individualisierungsanforderungen an den Registereintrag zu konkretisieren, dann wären diese Anforderungen im allerniedrigsten Bereich anzusiedeln: Als einziges Konkretisierungskriterium wäre die Eigentümerstellung des Sicherungsgebers am Sicherungsgut ausreichend *(»the security provider's assets«).* Möglicherweise will die Bestimmung aber auch nur zum Ausdruck bringen, dass eine *minimum declaration* auch in Bezug auf künftige Vermögenswerte möglich ist *(»is to take security«).* Die Erläuterungen zu dieser Bestimmung schaffen leider wenig Klarheit.[2128] Schließlich führen die Comments auch mögliche Nachteile einer (ausreichenden, aber) vagen Umschreibung im Register an: Den Sicherungsgeber könnten – im Vergleich mit einer konkreten Beschreibung – weitergehende Auskunftspflichten über die belasteten Vermögenswerte iSd IX.–3:319, IX.–3:320 DCFR treffen; ferner könnte er, sofern tatsächlich kein Sicherungsrecht existiert, vermehrt Löschungsansprüchen nach IX.–3:315 DCFR ausgesetzt sein.[2129]

Verständigt man sich auf Grundlage des DCFR-Modells zu konkreten legislativen Maßnahmen, wären in Bezug auf die *minimum declaration* im Interesse der Rechtssicherheit klarere Leitlinien jedenfalls wünschenswert. Ein Zwischenbefund auf Grundlage der oben zusammengetragenen Anhaltspunkte ergibt mE Folgendes: Die Angabe muss vor allem inhaltlich korrekt in dem Sinne sein, dass das Sicherungsgut in der Beschreibung jedenfalls Deckung findet. Unproblematisch

2127 Comments zu IX.–3:310, DCFR Full Edition 5511.

2128 Siehe Comments zu IX.–3:306, DCFR Full Edition 5505. Dort ist ausgeführt, dass sich aus IX.–3:306(2) iVm IX.–3:306(1)(b) DCFR die oben bei FN 2126 referierten Konsequenzen ergeben. – Eine dritte mögliche Lesart, dass nämlich im Register spezifiziert sein müsse, ob es sich beim registrierten Sicherungsrecht um ein *security right* im technischen Sinne oder um einen *retention of ownership device* handelt, dürfte ausscheiden: An der Rechtsform des Sicherungsinstruments besteht aus Perspektive Dritter, denen eine Warnung zukommen soll, kein besonderes Interesse. Hingegen könnte der Sicherungsnehmer im Fall von Schwierigkeiten bei der rechtlichen Einordnung Gefahr laufen, dass die Sicherheit nicht effektiv wird, was nach den Erläuterungen gerade vermieden werden soll.

2129 Siehe auch hierzu die Comments zu IX.–3:306, DCFR Full Edition 5505.

sind hingegen zu weit gehende und tendenziell auch vage Beschreibungen. Der Sicherungsnehmer nimmt dabei nach den Erläuterungen lediglich das »Risiko« in Kauf, in größerem Umfang Auskunfts- oder Löschungsansprüchen ausgesetzt zu sein. Die Interessen des Sicherungsgebers, den Umfang seines unbelasteten Vermögens nicht durch inhaltlich zu weitgehende Registereinträge in einem unangemessen ungünstigen Licht dargestellt zu sehen, werden diesem spiegelbildlich selbst in die Hände gelegt, indem es ihm freisteht, derartige Löschungs- oder Ergänzungsansprüche nach IX.–3:315 DCFR geltend zu machen, um die Registeraussage dem tatsächlichen Umfang des Sicherungsrechts anzupassen. Die Interessen Dritter sieht der DCFR durch »zu weit gehende« Warnungen nicht beeinträchtigt. Der durch das Register intendierte Warneffekt darf lediglich nicht in zu engem Umfang eintreten; wird dem nicht entsprochen, beschränkt sich die Konsequenz aber immer noch auf den Nichteintritt der *effectiveness*- und Rangwirkungen in jenem Bereich, in dem der Umfang der Sicherheit über die Registeraussage hinausgeht.

Aus den Aussagen, dass weder eine individuelle Identifizierung noch eine detaillierte Beschreibung erforderlich ist, wird man in Verbindung mit dem soeben Ausgeführten und dem auf eine bloße Warnung reduzierten Registerzweck folgern können, dass sich auch keine allgemeinen Regeln über fixe Kriterien formulieren lassen, denen eine hinreichende *minimum declaration* entsprechen muss. Es wird also zB bei der Belastung von Lagerbeständen nicht erforderlich sein, Lageort und Eingrenzung des Lagers im Register zu nennen. Vermutlich können diesbezügliche Angaben überhaupt entfallen. Ebensowenig werden Angaben etwa – bei körperlichen Sachen – zur Marke oder Type eines Sicherungsobjekts bzw zur Qualität oder Quantität eines größeren Bestands zwingend erforderlich sein. Bei Forderungen wird es nicht unbedingt der Angabe des Kreises der Schuldner oder eines Hinweises auf den Rechtsgrund bedürfen. Vermutlich werden, sofern die Parteien damit einverstanden sind, ähnlich breit gefasste Aussagen wie in den ebenfalls zu registrierenden Kategorieangaben zulässig sein (dort allerdings mit dem Vorteil der Übersetzung in andere Sprachen). Ist der Umfang der Belastung besonders weit, muss notwendig eine sehr allgemein gehaltene Beschreibung genügen. In diesem Licht trägt also die *minimum declaration as to the encumbered assets* ebenfalls wenig zu einer Konkretisierung des Sicherungsguts bei. Insbesondere fehlt angesichts zulässiger Überschreitung des tatsächlichen Haftungsumfangs in der Registererklärung jegliche Verlässlichkeit der Eingrenzung. Die Registerinformation kann und will nicht verbindlich darüber entscheiden, welche Vermögenswerte vom Sicherungsrecht erfasst sind und welche nicht.

▷

(ii.) Zur Individualisierung auf Ebene der creation im Besonderen

Damit bleibt für die Individualisierung des Sicherungsguts letztlich eine einzige allgemeine Regelung maßgeblich, und zwar die oben bereits angesprochene Bestimmung in IX.–2:105(a) DCFR, der zufolge die *creation by granting* voraussetzt, dass *»the asset to be encumbered is specified by the parties«.* Den Anforderungen, die nach dieser Bestimmung an eine hinreichende Spezifizierung anzulegen sind, ist nun näher nachzugehen. Gleich eingangs hinzuweisen ist auch auf eine Sonderregelung für Sicherheiten, die von einem Verbraucher bestellt werden: In diesem Fall muss das Sicherungsgut individuell identifiziert sein, was allenfalls auch nachträglich erfolgen kann.[2130] Hierauf wird im Anschluss an die Diskussion der Identifizierungsanforderungen im Allgemeinen kurz zurückzukommen sein.

1. Aus dem oben Erörterten kann zunächst festgehalten werden, dass Buch IX das Erfordernis der Spezifizierung von anderen *creation*-Voraussetzungen wie namentlich jener einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Sicherheitenbestellung und jener einer »dinglichen Einigung« über die Einräumung eines Sicherungsrechts entkoppelt. Demgemäß kann die Spezifizierung allenfalls auch später erfolgen als die grundsätzliche schuldrechtliche und dingliche Einigung über die Begründung der Sicherheit. Dies lässt sich sehr deutlich aus der Normstruktur des IX.–2:105 DCFR und den erläuternden Kommentaren erschließen.[2131] Zu weiteren Fragen betreffend die Konkretisierung des Spezifizierungskonzepts bieten die Comments hingegen keine unmittelbaren Aufschlüsse.

2. Dabei fragt sich zunächst, **durch wen** die Spezifizierung zu erfolgen hat. Der Normtext *(»by the parties«)* deutet auf ein Zusammenwirken von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer hin, ist allerdings uU nicht völlig eindeutig. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich mE aber klar, dass die Spezifizierung des Sicherungsguts sich jedenfalls auf ein Einverständnis des Sicherungsgebers gründen muss. Buch IX versteht sich ja insgesamt als Regelungsmodell für *vertraglich* begründete Sicherungsrechte. Für eine so wesentliche Frage wie jene, welche Vermögensgegenstände des Sicherungsgebers im Endeffekt der Haftung unterliegen sollen, können dann nicht gänzlich abweichende Grundsätze gelten. Dabei erklärt sich die etwas vage gehaltene Formulierung, die beispielsweise keinen ausdrücklichen Bezug auf ein Element der Willenseinigung enthält, möglicherweise schlicht damit, dass man den Tatbestand der Spezifizierung nicht konzeptionell überfrachten und damit für Spezifizierungsakte offenhalten wollte, die eher als

2130 IX.–2:107(1)(a) und IX.–2:110 DCFR.
2131 Vgl oben V.C.2.a.(i.) unter 1. aE.

faktische Vorgänge denn als beidseitige Rechtsgeschäfte einzustufen wären; so etwa, wenn der Sicherungsgeber (oder umgekehrt der Sicherungsnehmer) aus einem gattungsmäßig bestimmten Kreis von Vermögensgegenständen einen als konkretes Sicherungsobjekt auswählt.[2132] Wesentlich ist mE bloß, dass eine einseitige bzw durch faktischen Vorgang herbeigeführte Spezifizierung sich letztlich auf ein beidseitiges Einverständnis der Parteien zurückführen lässt. Wo die Spezifizierung im klassischen Weg durch Vereinbarung erfolgt, spricht aber auch alles dafür, die Vereinbarung als solche zu behandeln; das schließt insbesondere die Anwendung allgemeiner Auslegungsregeln für Verträge (II.–8:101 ff DCFR) mit ein.

3. Im Besonderen aber fragt sich, welche **inhaltlichen Anforderungen** an eine hinreichende Konkretisierung nach Buch IX zu stellen sind; also etwa, welcher Grad an Individualisierung erreicht werden muss, ob die für die Spezifizierung maßgebenden Merkmale äußerlich in Erscheinung treten müssen oder ob es zumindest in bestimmten Situationen gar der Mitwirkung dritter Personen bedarf. Der Blick auf die verschiedenen Rechtsordnungen hat hierzu ja ein durchaus inhomogenes Bild ergeben, das teilweise zudem danach differenziert, ob die Sicherheit an beweglichen körperlichen Sachen oder an Forderungen begründet wird. Erinnert sei hier lediglich an die hRsp in Deutschland, die für die Sicherungsübereignung von Fahrnis Bestimmtheit des Sicherungsgegenstands in der dinglichen Einigung durch »einfache, äußere Abgrenzungskriterien« und leichte Erkennbarkeit der Zuordnung aus der Perspektive eines Dritten verlangt, bei der Voraus-Globalabtretung von Forderungen aber »Bestimmbarkeit« im Wege allenfalls monatelanger Überprüfungen ex post genügen lässt.[2133] Zum österreichischen Recht wird teilweise vertreten, bei der Warenlagerverpfändung sei zur Hereinnahme neuer Sachen aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes eine Vertrauensperson des Gläubigers zu bestellen bzw müsse der Lagerbestand stets stückmäßig genau erfasst sein. Bei der Sicherungszession wiederum wird mit unterschiedlichen Begründungsansätzen gefordert, es müssten Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund einer künftigen Forderung im Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung feststehen, während andere Feststellbarkeit bzw Individualisierbarkeit im späteren Entstehungszeitpunkt der Forderung genügen lassen.[2134]

2132 Vgl insoweit das ebenfalls offen gehaltene Konzept der Identifizierung bei der Eigentumsübertragung aufgrund einer Gattungsschuld in VIII.–2:101(3) DCFR und hierzu Comment H(g) zu VIII.–2:101, DCFR Full Edition 44 35 ff bzw Comment H114 f zu VIII.–2:101 in *Lurger/W. Faber,* PEL Acq Own 464 f.

2133 Für Näheres und Nachweise oben IV.A.2.b.(i.), insbesondere bei FN 1038 und 1043.

2134 Siehe oben III.A.2.c.(ii.), insbesondere bei FN 658 und 659 zum Warenlagerpfand, und III.C.2.a. unter 1. und 2. zur Sicherungszession.

Bei solchen überkommenen Vorstellungen ist in Bezug auf Buch IX DCFR Vorsicht geboten.[2135] Dies gilt zunächst, wie bereits angedeutet, für das verbreitete Zusammenspannen des Spezialitätsprinzips mit dem Konzept eines sachenrechtlichen **Verfügungsgeschäfts.** Beispielhaft zitiert sei hierzu *Wiegand,* der in einem bereits etwas älteren Beitrag ausgeführt hat, das Spezialitätsprinzip lasse sich dogmatisch »daraus ableiten, dass die Begründung der Sicherheit durch ein Verfügungsgeschäft erfolgt. Wer aber über Rechte und Sachen verfügt, muss notwendigerweise wissen, worauf sich seine Verfügung bezieht. Deshalb ergibt sich das Spezialitätsprinzip, wenn man so will, schon aus dem Wesen der Verfügung selbst«.[2136] Für Buch IX, das Verfügungsgeschäft und Spezifizierung wie gesehen entkoppelt (IX.–2:105(a) bzw (d) DCFR), gilt dies nicht. Was immer man also für Schlussfolgerungen aus dem traditionell angenommenen Verfügungsursprung der Spezialität ziehen mag (zB dass es auf Klarheit für den Sicherungs*geber* selbst im Verfügungszeitpunkt ankomme;[2137] oder dass zB bei der Übergabe von Wertpapieren an eine Bank bei zuvor vereinbarter Globalverpfändung der Spezialitätsgrundsatz eine entsprechende zuordnende Willensbildung des Sicherungs*nehmers* im Übernahmezeitpunkt voraussetze, die aber in der Praxis zweifelhaft sei[2138]), Buch IX DCFR bereitet hierfür gerade keinen Boden.

Ein Weiteres wird man aus den wesentlichen konzeptionellen Weichenstellungen in Buch IX folgern dürfen: Ein echtes Spezifizierungserfordernis enthält das Mobiliarsicherungsrecht des DCFR wie gesehen nur auf Ebene der *creation;* und **Publizität** ist ganz allgemein **kein Ziel** dieses Konzepts. Ihrer nehmen sich erst das Kapitel 3 zur *effectiveness* und in Anschluss daran weitgehend auch Kapitel 4 zur Priorität an. Schon dies legt nahe, dass es dem Spezifizierungskonzept des IX.–2:105(a) DCFR nicht darauf ankommen wird, dass individualisierungsrelevante Kriterien notwendig äußerlich in Erscheinung treten müssen, weil Dritten die Belastung der konkret erfassten Objekte warnend vor Augen zu führen wäre. Erweisen sich damit die Perspektive dritter Gläubiger und der Zweck deren Warnung nicht als maßgebend, kann auf dieser Grundlage auch nicht für ein

2135 Zur Bedeutung des jeweiligen normativen Kontexts bei der Ermittlung inhaltlicher Anforderungen durch das Spezialitätsprinzip vgl *Füller,* Eigenständiges Sachenrecht? 17: »Einen gleichsam vorpositiven Inhalt hat dieses Prinzip nicht.« Und weiter: »Es kann seinerseits nur im Lichte der einzelnen Vorschriften des dritten Buchs [des BGB, Anm] betrachtet werden.«

2136 *Wiegand,* Akzessorietät und Spezialität – Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in Probleme der Kreditsicherung (1982) 35 (41).

2137 Dies scheint die soeben bei FN 2136 zitierte Passage *Wiegands* zu implizieren.

2138 In diesem Sinne *Wiegand,* Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in *Bucher/Saladin* (Hrsg), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (1979) 283 (302 f). Bedenken wegen Fehlens der »erforderlichen Willensmomente« auch gegenüber vertragsgemäß automatischer Aufnahme neuer Vermögenswerte in die Pfandhaftung bei *Wiegand* in Probleme der Kreditsicherung 35 (46 f). Die Liste an Implikationen ließe sich fortsetzten und beschränkt sich natürlich keineswegs auf den hier zitierten Autor.

Erfordernis besonders leichter Erkennbarkeit der Konkretisierung argumentiert werden. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, dass sich eine Scheidung von Publizitätszweck und Spezifizierungsfunktion in Buch IX allein aus systematischen Gesichtspunkten ergäbe; ebensowenig, dass dies ein Alleinstellungsmerkmal des DCFR wäre. Die Modellregeln bringen dies lediglich etwas deutlicher – nämlich in ihrer Systematik – zum Ausdruck als etwa das deutsche oder das österreichische Mobiliarsicherungsrecht, in denen das Spezialitätsprinzip im Wesentlichen als ungeschriebener Grundsatz wirkt. In der Sache haben aber gerade im jüngeren deutschen Schrifttum gewichtige Stimmen die Bestimmtheits-Formeln der hRsp als »Gemisch aus Publizitäts- und Transparenzerwägungen« kritisiert[2139] und weisen damit jedenfalls im Ansatz in eine ähnliche Richtung wie der DCFR.

Hierein fügt sich, dass keiner der anderen in IX.–2:102 und IX.–2:105 DCFR normierten Voraussetzungen der *creation (by granting)* – Existenz des Sicherungsobjekts, Verkehrsfähigkeit desselben, Existenz der gesicherten Forderung, Verfügungsbefugnis des Bestellers, wirksame schuldrechtliche Verpflichtung und Verfügungsgeschäft – eine rechtspolitisch motivierte Beschränkungsfunktion innewohnt. Die beiden letztgenannten Voraussetzungen sichern wohl die Privatautonomie des Sicherungsgebers, indem die Belastung seines Vermögens an seine Zustimmung geknüpft wird. Darüber hinaus aber handelt es sich quasi um rechtstechnisch unvermeidbare Mindestvoraussetzungen. Auch dies spricht dafür, dass sich die Funktion des Spezifizierungserfordernisses in IX.–2:105(a) DCFR auf jenen Kern beschränkt, ohne den eine dingliche Sicherung als Recht auf vorrangige Befriedigung aus einer Sache nicht funktionieren kann: Wenn unter Verdrängung anderer Gläubiger Befriedigung aus einer Sache gesucht werden darf, dann **muss eindeutig festgestellt werden können, auf welche Sache** sich dieses **Recht bezieht**.

Das ist zunächst nicht mehr als ein Gemeinplatz, lässt sich aber durchaus noch ein wenig stärker konkretisieren: Das Risiko unzureichender Identifizierung trifft den Sicherungsnehmer, da sein Befriedigungsrecht in diesem Fall nicht wirksam zustandekommt. Er hat es allerdings als in den Spezifizierungsprozess grundsätzlich eingebundene Partei *(»by the parties«)* selbst in der Hand, durch hinreichend deutliche Festlegungen sein eigenes Risiko zu minimieren. Insoweit sollten bereits die **allgemeinen Auslegungsregeln** dafür Sorge tragen, dass den Sicherungsnehmer kein Anreiz trifft, durch vage und unbestimmte Formulierungen Vorteile zu erzielen: Für nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsbestimmungen sieht

2139 Siehe *Wiegand* in *Staudinger,* BGB (2011) Anh zu §§ 929–931 Rn 105 und die weiteren in IV.A.2.b.(i.) FN 1045 zitierten Autoren. Vergleichbare Kritik an Stimmen aus der österreichischen Literatur zur Warenlagerverpfändung oben III.A.2.c.(ii.) unter 2. aE; zur Sicherungszession wird Trennung von Publizitäts- und Spezialitätszwecken eingemahnt bei *Kaller,* Sicherungszession 50.

der DCFR eine *contra-proferentem*-Regel vor; die Erklärung ist im Fall von Zweifeln zum Nachteil des Verwenders auszulegen (II.–8:103(1) DCFR). Bei individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen erfolgt die Auslegung zulasten jener Partei, unter deren dominantem Einfluss die Bestimmung vereinbart wurde (II.–8:103(2) DCFR). Beide Bestimmungen operieren im Regelfall zulasten des Sicherungsnehmers und damit zugunsten eines im Zweifel engeren Umfangs des Sicherungsrechts. Auf diese Grundsätze kann sich der Sicherungsgeber berufen, desgleichen aber auch ein Dritter, der an einem konkreten Vermögensgegenstand unbelastet Eigentum oder seinerseits ein Sicherungsrecht erwerben möchte, hierfür (bei wirklichem Bestehen des ersten Sicherungsrechts in entsprechendem Ausmaß) auf Gutgläubigkeit angewiesen ist[2140] und, sorgfältig vorgehend, sich beim ersten Sicherungsnehmer über die Reichweite von dessen Sicherung erkundigt. Im Übrigen kann sich ein Sicherungsnehmer gegenüber einem solchen am Sicherungsvertrag bzw der Spezifizierungsvereinbarung unbeteiligten Dritten nicht darauf berufen, in Wahrheit habe trotz objektiv anderslautenden Erklärungsinhalts natürlicher Konsens mit dem Sicherungsgeber zugunsten eines noch weiteren Umfangs der Belastung bestanden: Nach II.–8:101(3)(b) DCFR ist in solchen Fällen der objektive Erklärungsinhalt maßgebend, wenn sich der Dritte aus vernünftigen Gründen und gutgläubig auf diesen verlassen hat. Auf Tatsachenebene trifft den Sicherungsnehmer zum einen die **Beweislast** für Umstände, aus denen im Wege der Auslegung auf eine möglichst umfassende Haftungsvereinbarung geschlossen werden kann; zum anderen aber auch dafür, dass konkrete Vermögenswerte dieser Haftung unterliegen; also etwa, dass später begründete, als Sicherungsobjekt infrage kommende Forderungen tatsächlich bestehen und unter die Sicherungsvereinbarung fallen.[2141]

Innerhalb dieser Rahmenbedingungen liegt es am Sicherungsnehmer, im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber hinreichend klarzustellen, welche Vermögenswerte von der Haftung umfasst sein sollen. Anhand welcher Determinierungskriterien dies erfolgt, bleibt den Parteien selbst überlassen. **Feste Regeln über bestimmte Mindestkriterien**, ohne die eine Spezifizierung nicht wirksam vorgenommen werden kann, lassen sich aus dem DCFR **nicht ermitteln.** Mit einem stark effizienzorientierten Mobiliarsicherheitenregime wie jenem des DCFR ließe sich ein derart starres Konzept in diesem Bereich nicht vereinbaren. Es lässt sich also beispielsweise keine feste Regel dahingehend aufstellen, dass zur

2140 Vgl IX.–6:102 DCFR zum lastenfreien Eigentumserwerb und IX.–2:109 DCFR zum Erwerb eines Sicherungsrechts ohne Ansehen des bestehenden. Einführend zur Wirkung der *creation* gegenüber Erwerbern dinglicher Rechte an der Sache oben V.A.2.c. unter 1. bei FN 1944 sowie ebendort unter 2. bei FN 1959.

2141 Die Bedeutung des Beweisaspekts im Rahmen des Bestimmtheitsgrundsatzes betont *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? 20: »In Wirklichkeit handelt es sich um Beweisfragen ...«.

hinreichenden Individualisierung einer belasteten Forderung notwendig deren Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund feststehen müsse. Die Spezifizierungsvereinbarung muss, ähnlich wie *Strasser* dies zum geltenden Recht der Voraus-Sicherungszession formuliert hat, soviel an Individualisierungsmerkmalen gleich welcher Art enthalten, dass bezogen auf den konkreten Einzelfall eindeutig festgestellt werden kann, auf welchen Vermögenswert sich das Sicherungsrecht bezieht und auf welchen nicht.[2142] Zu welchem **Zeitpunkt** diese Feststellung möglich sein muss, darüber lassen sich dem DCFR-Konzept allerdings ebenfalls keinerlei Einschränkungen entnehmen. ME wäre es daher zB verfehlt anzunehmen, dass im Fall der Vorab-Belastung künftiger Forderungen die Feststellung der Zugehörigkeit zum Haftungsverband jedenfalls im Zeitpunkt des *Entstehens* der Forderung möglich sein muss.[2143] Nichts spricht dagegen, dass eine künftige Forderung erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt nach ihrem Existentwerden in den Haftungsverband aufgenommen wird. IX.–2:106 DCFR, der hinsichtlich des Eintritts der *creation* primär auf einen von den Parteien vereinbarten Zeitpunkt abstellt, weist ebenso in diese Richtung. Nach hier vertretener Auffassung ist die Frage der eindeutigen Zuordnung des Sicherungsguts schlicht bezogen auf den jeweiligen **Beurteilungszeitpunkt** zu entscheiden. Verschieben sich die Umstände in die eine oder andere Richtung, kann zunächst hinreichend bestimmtes Sicherungsgut diese Eigenschaft wieder verlieren (und damit das bereits begründete Sicherungsrecht wieder untergehen) oder zunächst nicht ausreichend bestimmtes Sicherungsgut einen solchen Grad an Konkretisierung erreichen, dass das Sicherungsrecht nachträglich zum Entstehen kommt. Der relevante Bezugszeitpunkt für die hinreichende Individualisierung kann daher zum Beispiel jener der Geltendmachung des Sicherungsrechts nach Eintritt des Sicherungsfalls sein; oder jener, zu dem seitens eines Dritten Exekution in den vermeintlich belasteten Gegenstand geführt wird und der Sicherungsnehmer Rechte gegen diesen Dritten geltend machen möchte; oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sicherungsgebers.[2144]

2142 Vgl *Strasser* in FS Hämmerle 397 (408).

2143 So etwa *Strasser* in FS Hämmerle 397 (408). Vgl auch die weitere in III.C.2.a. unter 2. genannte Literatur. Es mag sein, dass es diesen Autoren bei der Bezugnahme auf den Entstehungszeitpunkt der Forderung lediglich darum geht, die Forderung zum *frühestmöglichen* Zeitpunkt übergehen zu lassen. Das ist in der Tat derjenige, in dem die Forderung als Sicherungsobjekt existent wird. Die Aussage hat sich allerdings derart verselbständigt, dass sie im Sinne einer Einschränkung verstanden werden kann.

2144 Vgl (zu § 5 MSG-E) *Schauer* in FS Kalus 451 (463, Hervorhebung durch mich): Wesentlich sei, »dass durch objektive Merkmale *zu jedem beliebigen Zeitpunkt,* beispielsweise bei Konkurseröffnung, festgestellt werden kann, welche Gegenstände vom Sicherungsrecht erfasst sind«. Vgl ferner bereits *E. Demelius,* Pfandrecht 151 (kein Zweifel im Zeitpunkt der Realisierung des Pfandrechts) und die Ausführungen von *Dernburg, H. Wagner* und *Schanbacher* zur römischen Generalhypothek oben II.A.4.d. ab FN 140.

Erfolgt die Spezifizierung im Vorhinein (durch Vereinbarung[2145]), ist damit im Endeffekt ein Zusammenspiel zweier Aspekte maßgebend: Ausgangspunkt ist die Spezifizierungsvereinbarung selbst, in der die für die Konkretisierung (Feststellung einzelner Vermögenswerte als Objekt des dinglichen Rechts) erforderlichen Kriterien festgelegt werden. Diese Vereinbarung muss wie jede andere einem vertragsrechtlichen Bestimmtheitsgebot in dem Sinne genügen, dass der Vereinbarung zumindest durch Auslegung ein bestimmter Inhalt entnommen werden kann, der das Ableiten von Rechtsfolgen aus der Vereinbarung erlaubt (vgl § 869 ABGB bzw II.–4:103 DCFR). Die diesbezüglichen Hürden sind niedrig. Auf der zweiten – zeitlich aufgeschobenen – Ebene muss ein konkreter Vermögenswert mittels der in dieser Vereinbarung aufgestellten Kriterien dem Sicherungsrecht eindeutig als Haftungsobjekt zugeordnet werden können. Ob diese Zuordnung möglich ist, entscheidet allenfalls der Richter im Prozess. Im Ergebnis besteht das dingliche Sicherungsrecht damit immer, wie es dem sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz im traditionellen Sinne entspricht, an konkreten einzelnen Vermögensgegenständen.

4. Einige kurze **Beispiele** mögen die bisherigen Ausführungen abrunden und zugleich das Potenzial des DCFR als Entwicklungsperspektive gegenüber dem geltenden österreichischen Recht verdeutlichen. Gänzlich unproblematisch sind natürlich Spezifizierungen mittels einmaliger und unveränderlicher Individualisierungskriterien wie Serien- oder Fahrgestellnummern. Im Ergebnis unproblematisch ist aber beispielsweise auch die Konkretisierung eines Kraftfahrzeugs durch Type und Kennzeichennummer selbst für den Fall, dass das Fahrzeug später abgemeldet oder das Kennzeichen gewechselt werden sollte, sofern sich nur durch Auslegung der Vereinbarung eindeutig ermitteln lässt, um welches Fahrzeug es sich handelt.

Keine oder – je nach Verständnis zum geltenden Recht – nur geringe praktische Ausweitungen ergeben sich bei der Belastung von **Forderungen.** Ohne Zweifel hinreichend konkretisiert ist etwa die Begründung eines Sicherungsrechts an Mietzinsforderungen aus der Vermietung bestimmter, erst zu errichtender Wohnungen, auch wenn die Mieter als Schuldner noch nicht feststehen. Keine grundsätzlichen Bedenken in Hinblick auf das Spezialitätsprinzip in seiner Ausprägung durch Buch IX werfen ferner Globalsicherheiten an Forderungsbeständen auf. Solche Sicherheiten können durch bestimmte Kriterien eingeschränkt sein, etwa auf Forderungen, die in einem bestimmten Zeitraum, gegen bestimmte Schuldner bzw aus bestimmten Typen von Rechtsgründen (zB »alle Forderungen

2145 Gleichzuhalten ist die einseitige Festlegung aufgrund einer Ermächtigung der anderen Partei. Vorabspezifizierung durch rein faktische Vorgänge wird ausscheiden.

aus Warenlieferungen) entstehen. Soweit Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, sind diese auf Ebene der Spezifizierungsvereinbarung durch Auslegung zu klären; anhand dieses Ergebnisses hat dann die Zuordnung konkreter Vermögenswerte zu erfolgen, wobei den Sicherungsnehmer wie erwähnt die Beweislast trifft. Die globale Belastung von Forderungen kann in Hinblick auf den Spezialitätsgrundsatz allerdings auch ohne Einschränkungen erfolgen (»alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Unternehmens X«). Durch die All-Klausel ist klargestellt, dass eben alle Vermögenswerte eines bestimmten Typs (Forderungen) dieses Unternehmens erfasst sein sollen. Abgrenzungsfragen sind auch hier nicht völlig ausgeschlossen. Sie resultieren allenfalls aus der Überlegung, dass die Parteien trotz grundsätzlich eindeutigen Wortlauts nach den Umständen doch nicht alle denkbaren Forderungen gemeint haben könnten. Auch solche Fragen sind durch Auslegung zu klären; es gilt das oben Gesagte.

Für die Belastung eines **Waren- oder Rohstofflagers** mit wechselndem Bestand genügen typischerweise zwei Kriterien: Die Spezifizierungsvereinbarung kann einerseits Aussagen dazu treffen, welche Arten von Sachen umfasst sein sollen, was abhängig von den konkreten Umständen sinnvoll oder auch verzichtbar sein kann.[2146] Als Zweites genügt eine hinreichend klare Beschreibung des Lageorts.[2147] Ist ferner vereinbart, dass zu jedem Zeitpunkt Gegenstand des Sicherungsrechts alle Sachen des Sicherungsgebers sein sollen, auf die jeweils beide Kriterien zutreffen, ist dem Spezialitätsgrundsatz vollauf Genüge getan, und zwar insbesondere in Hinblick auf aus dem Lager ausgeschiedene (die Sicherheit erlischt mit physischer Entfernung) als auch in Hinblick auf neu in das Lager eingestellte Waren (diese werden mit Einbringung in das bezeichnete Lager vom Sicherungsrecht erfasst). Eines »Pfandhalters« bedarf es aus Spezialitätsgesichtspunkten weder für die Einbringung noch für die Entfernung. Ebensowenig erforderlich ist eine ständige Erfassung des Lagerbestands. Ob der Sicherungsnehmer weiß, welche oder wie viele Sachen sich im Lager befinden, ist in Hinblick auf das Spezifizierungserfordernis völlig unerheblich.

Eindeutige Zuordnungen sind freilich auch noch auf viel einfachere und im Ergebnis umfassendere Weise möglich, und zwar über das **Eigentumsrecht** (oder ein sonstiges Recht[2148]) des Sicherungsgebers an den einzelnen Bestandteilen

---

2146 ZB Beschränkung auf »Erzeugnisse«, »Waren« oder bestimmte Arten hiervon; oder überhaupt »bewegliche körperliche Sachen«, in welchem Fall im Lager befindliches Arbeitsgerät wie Hubstapler und Ähnliches mit erfasst sein kann.

2147 Etwa durch Verweis auf bestimmte Lagerhallen (bezeichnet zB mit Nummern) auf dem Betriebsgelände mit bestimmter Anschrift. Das Einzeichnen der betreffenden Räume in einen beigefügten Plan wird nicht erforderlich sein, wenn anderweitig Klarheit geschaffen werden kann. Möglich ist es auch, das konkret bezeichnete Betriebsgelände insgesamt als Lageort festzulegen, wenn alle dort befindlichen Gegenstände der allenfalls näher festzulegenden Kategorien vom Sicherungsrecht umfasst sein sollen.

2148 Wie die Rechtszuständigkeit in Bezug auf Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte etc.

seines Vermögens. Auch dieses Kriterium erlaubt ein Sicherungsrecht mit wechselndem Bestand: Neue Vermögenswerte werden erworben und damit von der Haftung umfasst, andere veräußert und – wenn das Eigentum als alleiniges Spezifizierungskriterium fungiert – mit Eigentumsverlust wieder frei. Diese Option hat aus österreichischer Perspektive ohne Frage den Nimbus des Revolutionären, ermöglicht sie doch – stets beschränkt auf bewegliches Vermögen – eine (untechnisch gesprochen) *floating charge,* eine **Unternehmenshypothek** bzw eine **Mobiliar-Generalhypothek** im ureigentlichsten Sinn. Die konzeptionelle Brisanz liegt allerdings weniger im Bereich des Spezialitätsprinzips: Versteht man die Spezifizierung wie hier als Mittel der eindeutigen Zuordnung einzelner Vermögenswerte zur dinglichen Haftung für die gesicherte Forderung, sind praktisch entsprechende Ergebnisse im Bereich der Globalsicherungszession in Österreich schon lange anerkannt. Die eigentliche Veränderung gegenüber dem geltenden Recht bestünde darin, dass mit der Schaffung eines Registersystems eine für alle Arten von Vermögensgegenständen (und nicht nur für Buchforderungen) gleichermaßen nutzbare Methode zur Verfügung stünde, das Sicherungsrecht mit voller Wirksamkeit auszustatten. Die Eröffnung des Wegs zur Generalsicherheit ist allerdings keineswegs ein Spezifikum des DCFR: Der von der Arbeitsgruppe unter *Schauer* ausgearbeitete Gesetzesentwurf lässt in § 5 Abs 1 MSG-E die Begründung eines Pfandrechts oder von Sicherungseigentum auch an Sachen zu, die »zu einer Gesamtsache, einem Unternehmen oder einem anderen Sachinbegriff« gehören und sieht darin zu Recht »Ergebnisse …, die einer Generalhypothek nahekommen«.[2149] Im UNCITRAL Legislative Guide hat die Globalsicherung überhaupt erkennbar Leitbildcharakter.[2150] Das UNCITRAL Model Law stellt dementsprechend ausdrücklich klar, dass der allgemein erforderliche Identifikationsstandard *(»a manner that reasonably allows their identification«)* durch eine Vereinbarung lautend auf *»all the grantor's movable assets«* oder *»all the grantor's movable assets within a generic category«* hinreichend erfüllt ist.[2151] Dass namentlich Kreditinstitute und damit die meist bestgesicherten Gläubiger von dieser Möglichkeit in signifikantem Ausmaß Gebrauch machen würden, kann angenommen werden.

5. Bevor diese mögliche Entwicklungsperspektive einer Bewertung unterzogen wird, ist nochmals kurz daran zu erinnern, dass eine Gruppe von Sicherungsgebern nach dem DCFR-Modell keine Globalbelastung ihres Vermögens zu be-

2149 *Schauer,* Register 51.
2150 Siehe UNCITRAL Legislative Guide 79 ff (zur Sicherungsabrede) und 170 f (zum Registereintrag).
2151 Siehe Art 9(1) bzw (2) UNCITRAL Model Law. Vgl auch Art 8(c) bzw (d) UNCITRAL Model Law, wonach ein Sicherungsrecht unter anderem *»a generic category of movable assets«* oder *»all of a grantor's movable assets«* belasten kann.

fürchten hätten, und zwar **Verbraucher:** Nach IX.–2:107(1)(a) DCFR verlangt die *creation* eines Sicherungsrechts durch einen Verbraucher die individuelle Identifizierung des Sicherungsguts; es muss also jeder vom Sicherungsrecht erfasste Vermögenswert eigens aufgelistet und bestimmt bezeichnet werden. Damit sollen Verbrauchern die (im Grunde nur bei interzessionsweisem Einschreiten) mit der Haftungsübernahme verbundenen Risiken vor Augen geführt und Überraschungen vermieden werden.[2152]

Diese Bestimmung knüpft übrigens nicht an das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts im Sinne des österreichischen Rechts an, bei dem notwendig ein Unternehmer dem Konsumenten als Vertragspartner der Sicherungsabrede gegenüberstünde. Der Verbraucher wird hier also auch im C2C-Geschäft geschützt. Die Diskussion um eine Rückkehr zur Generalhypothek für Mobiliarvermögen auf Grundlage des DCFR hat sich also von vornherein auf Sicherungsgeber zu beschränken, die bei der Begründung des Sicherungsrechts unternehmerisch handeln.

b. Bedarf nach Begrenzungen oder Begleitmaßnahmen?

Dass bei Übernahme des DCFR-Modells (oder eines anderen Registermodells) mit signifikanten Tendenzen zur Begründung globaler Belastungen des beweglichen Vermögens durch Unternehmen gerechnet werden kann, scheint absehbar. Außer durch massive Einschnitte – wie in der eben erwähnten DCFR-Lösung für Verbraucher – lässt sich eine solche Entwicklung wohl auch schwerlich unterbinden. Das Spezialitätsprinzip bietet hierzu, wie gesehen, letztlich keine Handhabe, lassen sich doch gerade durch All-Formeln eindeutige Zuordnungen einzelner Vermögenswerte zur dinglichen Sicherheit recht problemlos bewirken. Auch andere in der Diskussion vor 1900 vorgebrachte dogmatische Pauschalargumente gegen die Generalhypothek lassen sich nicht halten. Das gilt zum einen für das damals üblicherweise gemeinsam mit dem Spezialitätsaspekt vorgebrachte Publizitätsargument, demzufolge äußere Erkennbarkeit des Rechts quasi Voraussetzung für jegliche dingliche Wirkung sei.[2153] Auch die weitere Argumentationslinie, die (auf

2152 Vgl Comment C zu IX.–2:107, DCFR Full Edition 5423.

2153 Vgl oben II.B.2.a., insbesondere bei FN 371. Dass auch publizätslose dingliche Sicherheiten möglich sind, beweisen schon lange der Eigentumsvorbehalt sowie die Sicherungsübereignung bzw Sicherungszession nach dem deutschen Modell. Überdies knüpft der DCFR dingliche Wirkungen in recht weitgehendem Maße sehr wohl an Publizität, wobei er diesbezüglich wie gesehen einen differenzierten Ansatz verfolgt: Gegenüber bestimmten Dritten sind die im Rahmen des *effectiveness*-Konzepts normierten Anforderungen Wirksamkeitsvoraussetzung. Für die hier interessierende Belastung von Fahrnis und Forderungen bestehen diese Voraussetzungen – im Gegensatz zur römisch-gemeinrechtlichen Generalhypothek – gerade im Herbeiführen von Publizität durch Besitzübertragung oder Registrierung. Gegenüber späteren Erwerbern der Sache oder eines Sicherungsrechts an dieser ist das DCFR-Sicherungsrecht zwar

sämtliches Vermögen gerichtete) Generalhypothek würde die Unterscheidung zur persönlichen Haftung (die ebenfalls stets das gesamte Vermögen umfasst) nivellieren,[2154] kann nicht überzeugen, jedenfalls die Unzulässigkeit einer globalen Vermögensbelastung nicht begründen.

Zu fragen ist, ob eine solche Entwicklung hin zur erleichterten Begründung von Globalsicherheiten auf grundsätzliche Bedenken stößt und wenn ja, ob und allenfalls wie man diesen begegnen kann.

(i.) Tangierte Interessensphären

Dabei ist zunächst zu klären, welche Gruppe von Beteiligten durch die Ermöglichung globaler Vermögensbelastung besonderen Risiken ausgesetzt ist.

1. In Betracht kommt hier einmal der (unternehmerische) **Sicherungsgeber** selbst, dessen Vermögen entweder eines bestimmten Typs (zB Waren- oder Forderungsbestände) oder auch im Gesamten einer umfassenden Belastung unterworfen werden könnte. Damit kann, sofern die gesicherten Forderungen den Umfang der dinglichen Sicherung erheblich unterschreiten, eine besondere Ausprägung des oben bereits diskutierten Übersicherungsproblems vorliegen. Nach dort näher dargelegter Auffassung sind die Interessen des Sicherungsgebers in derartigen Situationen durch das einheitliche Konzept eines beschränkten dinglichen Sicherungsrechts allerdings im Wesentlichen gewahrt, da dem Sicherungsgeber die Begründung nachrangiger Sicherheiten offensteht und seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit somit nicht unangemessen beschnitten wird. Spiegelbildliches gilt für **nachfolgende Kreditgeber**, die auf eine **dingliche Sicherung** ihrer Ansprüche dringen: Ihnen steht die Begründung nachrangiger Sicherungsrechte offen.[2155]

---

bereits mit *creation* und damit allenfalls publizitätslos wirksam, dafür werden die Interessen dieser Erwerber durch Gutglaubenserwerbsregeln weitgehend geschützt bzw spielen Besitz- und Registerpublizität im Rahmen dieser Gutglaubenserwerbsregeln abermals eine zentrale Rolle (zu alldem näher unten V.D.1.). Bei alldem ist es ohne Bedeutung, ob die Sicherheit einen einzelnen, individuell bestimmten Vermögenswert, bestimmte Klassen von Vermögenswerten oder allenfalls sogar das gesamte Mobiliarvermögen des Sicherungsgebers umfasst. Ein direkter Zusammenhang zwischen Bestehen oder Nichtbestehen von Publizität und der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von globalen Belastungen (im Gegensatz zu Sicherheiten an individuell bestimmten Gegenständen) lässt sich nicht ausmachen.

2154 Vgl abermals II.B.2.a. um FN 374. Das Argument leuchtet schon logisch nicht ein. Es wird zudem durch die Existenz der *floating charge* im englischen Recht und letztlich auch durch die historische Existenz der Generalhypothek im römisch-gemeinen Recht gleichsam falsifiziert. Auf den DCFR bezogen könnte der Gedanke auch insoweit nicht greifen, als Buch IX nur auf die Besicherung mittels Mobiliarvermögens anwendbar ist.

2155 Näher V.B.2.f. unter 2. Besteht keine Übersicherung, sondern übersteigen die gesicherten Forderungen des vorrangig Gesicherten den Wert des belasteten Vermögens, stehen nachrangig dinglich gesicherte Gläubiger den ungesicherten Gläubigern gleich (zu diesen unten Abschnitt 3.).

Auf einen weiteren Aspekt, den man (auch) dem Interessenkreis des Sicherungsgebers zuordnen kann, nämlich im Krisenfall die Chancen einer geordneten Unternehmenssanierung möglichst zu wahren, wird in Abschnitt 3. in etwas breiterem Kontext zurückzukommen sein.

2. Personen, die an einzelnen der Belastung unterliegenden Vermögenswerten **Eigentum erwerben** möchten, sind evidentermaßen an einem lastenfreien Erwerb interessiert. Historisch ergab sich hier ein zentrales Problem der römischen Mobiliar- und damit auch der Generalhypothek, nämlich dass zum einen vom Pfandrecht bereits erfasste Sachen bei Veräußerung schon wegen des Konzepts des Pfandrechts als dingliches Recht weiter belastet blieben und zum anderen Vorschriften über einen gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb noch nicht bestanden haben.

Diese Problematik ist nach dem DCFR in zweifacher Weise entschärft: Zum einen eröffnet die bereits mehrfach angesprochene Bestimmung des IX.–6:102 iVm VIII.–3:102 DCFR die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs. Zum anderen geht IX.–5:204 DCFR für einige praktisch besonders bedeutsame Situationen noch einen entscheidenden Schritt weiter, indem der Sicherungsgeber unter bestimmten Voraussetzungen schon **kraft dispositiven Rechts zur lastenfreien Verfügung** über das Sicherungsgut **ermächtigt** wird. Diese Verfügungsbefugnis besteht – unabhängig von einer allenfalls erfolgten Registrierung des Sicherungsrechts – unter drei kumulativen Voraussetzungen: Zunächst muss es sich beim Veräußerer um einen Händler oder Produzenten *(trader or manufacturer)* handeln; zweitens muss die Veräußerung im ordentlichen Geschäftsbetrieb dieses Händlers oder Produzenten erfolgen; und drittens bezieht sich die Bestimmung nur auf bestimmte Kategorien von (im Ergebnis körperlichen) Sachen, die sich im Besitz des Sicherungsgebers befinden. Die erste dieser Kategorien umfasst Sachen, die zum Verkauf oder zum Verleasen bestimmt sind, sowie »Industriematerial« (zB Rohmaterialien und Halbfertigteile, vgl IX.–5:203 DCFR). Diese Güterarten werden unter dem Sammelbegriff *»inventory«* zusammengefasst (IX.–5:204(1)(a) DCFR). Die zweite erfasste Güterkategorie sind Verarbeitungsprodukte aus »Industriematerial« (IX.–5:204(1)(b) DCFR). In Summe ist damit den Interessen des Erwerbers, des Sicherungsgebers wie letztlich auch des Kreditgebers gedient. Denn der ungehinderte Absatz der Handelswaren oder Erzeugnisse ist in den erfassten Marktsegmenten essentiell für den Gedeih des Schuldnerunternehmens, der Kredit kann damit im Interesse des Sicherungsgebers bestmöglich bedient werden[2156] und der

2156 Dem ersatzlosen Verlust der Sicherheit kann der Kreditgeber im Übrigen dadurch vorbeugen, dass er die Erstreckung des Sicherungsrechts in *proceeds* vereinbart und registriert (IX.–2:306(3) und IX.–3:310(2)(a) DCFR).

Sacherwerber erhält die Ware in jedem Fall lastenfrei, ohne auf Gutglaubenserwerbsvoraussetzungen angewiesen zu sein. All dies entspricht im Ansatz dem englischen Erfolgskonzept der *floating charge,*[2157] ist allerdings nicht zwingend auf revolvierende und auch nicht auf globale Sicherheiten beschränkt, andererseits aber auch in wesentlichen Punkten enger gefasst.[2158]

Die Verfügungsermächtigung nach IX.–5:204(1) DCFR ist wie erwähnt dispositiv. Haben die Parteien im Einzelfall anderes vereinbart oder ist der Anwendungsbereich der genannten Bestimmung von vornherein nicht eröffnet, wie etwa allgemein bei Verfügungen über Anlagevermögen *(equipment),*[2159] kann bei beweglichen körperlichen Sachen immer noch ein **gutgläubiger lastenfreier Erwerb** nach VIII.–3:102, IX.–6:102 DCFR in Betracht kommen.[2160] Auch hier besteht eine im Ergebnis erwerberfreundliche Sonderregelung: Zwar wird grundsätzlich bei erfolgter Registrierung des Sicherungsrechts die Kenntnis des Erwerbers von dessen Bestehen fingiert; doch gilt dies dann nicht, wenn der Veräußerer (Sicherungsgeber) die Sache im ordentlichen Geschäftsbetrieb veräußert (IX.–6:102(2)(a) DCFR). Greift auch diese Sonderbestimmung des Absatzes (2)(a) nicht, erhält der Erwerbsinteressent durch das Register immerhin eine Warnung und kann sich durch Nachfrage beim Sicherungsgeber, deren Aufwand gerade beim Erwerb wertvoller Betriebsmittel typischerweise nicht außer Verhältnis zum Geschäftsumfang steht, Klarheit verschaffen.

In Summe kann also festgehalten werden, dass aus Erwerbersicht aufgrund der genannten Vorkehrungen keine durchschlagenden Bedenken gegen eine Ausweitung von Globalsicherungsmöglichkeiten durch den DCFR bestehen. Daneben sei angemerkt, dass die oben erwähnte gesetzlich vorgesehene Verfügungsbefug-

2157 Siehe oben IV.E.2.a., insbesondere unter 1. und 4.

2158 Enger ist IX.–5:204(1) DCFR in Hinblick auf die erfassten Vermögenswerte (zB keine Forderungen; kein Anlagevermögen, vgl sogleich im Text), die erfassten Sicherungsgebertypen (Händler und Produzenten) und jedenfalls auch, was das Konzept des »ordentlichen Geschäftsbetriebs« angeht: Anders als bei der *floating charge,* wo hierunter grundsätzlich auch die Bestellung von Sicherungsrechten fallen kann, beschränkt der DCFR die Verfügungsbefugnis explizit auf Absatzgeschäfte. Zudem könnte das Konzept des »ordentlichen Geschäftsbetriebs« iSd DCFR geeignet sein, Absatzgeschäfte zu erheblich ungünstigen Bedingungen ebenfalls von der Verfügungsbefugnis auszunehmen, sodass das Interesse des Sicherungsgebers am Generieren angemessener Liquidität stärker gewahrt bliebe. Die Comments zu IX.–5:204 (DCFR Full Edition 5581 f) liefern zu dieser Frage jedoch keine Anhaltspunkte. – Die Befugnis zur lastenfreien Verfügung nach IX.–5:204(1) DCFR gilt im Übrigen nicht nur in Bezug auf bestehende *security rights* im technischen Sinn, sondern auch in Bezug auf *retention of ownership devices* (vgl IX.–1:104(1)(c) DCFR).

2159 Für *equipment,* bei dem – zumal im Fall von wertvollen und langlebigen Gütern wie Maschinen oder Fahrzeugen – typischerweise von einer langfristigen Belastung ausgegangen wird, verschärft der DCFR die Voraussetzungen für eine rechtsgeschäftlich begründete Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers sogar dahingehend, dass diese ausdrücklich erteilt werden muss; siehe IX.–5:204(2) DCFR und Comment C zu IX.–5:204, DCFR Full Edition 5582 f.

2160 Vgl dazu etwa *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 442 f.

nis des Sicherungsgebers eine nach wie vor bestehende Quelle der Rechtsunsicherheit im geltenden österreichischen Recht zu diesem Bereich[2161] beseitigen würde.

3. Es verbleibt allerdings eine Gruppe von Dritten, die durch weitergehende Globalsicherungsmöglichkeiten in ihren Interessen sehr wohl erheblich betroffen sein können, nämlich **ungesicherte Gläubiger** des Sicherungsgebers. Die schon jetzt verbreitete massive Aushöhlung von Insolvenzmassen würde bei Zulässigkeit insolvenzfester Globalsicherungen durch Registereintrag ohne Zweifel weiter zunehmen. Zur Illustration: In Österreich wurde bei 5.018 Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2019 in 1.974 Fällen (das sind 39,34 %) mangels Kostendeckung kein Insolvenzverfahren eröffnet.[2162] Entsprechend warnen Insolvenzpraktiker, die bei Einführung eines Registerpfandrechts standardmäßig zu erwartenden Globalsicherungen zugunsten von Kreditinstituten würden der Masse jegliches freie Vermögen, somit die für jede Sanierung unabdingbare »Manövriermasse«, entziehen, die Bewegungsfreiheit des unternehmensfortführenden Insolvenzverwalters oder um eine Sanierung bemühten Schuldners praktisch beseitigen und dem Sicherungsnehmer insbesondere in Fortführungs- und Sanierungsfällen ein Druckmittel in die Hand geben, zum Nachteil der ungesicherten Gläubiger Zahlungen zu erhalten, die außer jedem Verhältnis zum tatsächlichen Sicherungswert stünden. Für ungesicherte Gläubiger würde regelmäßig keinerlei Aussicht auf auch nur anteilige Befriedigung bestehen.[2163] Es wird auch die Befürchtung geäußert, die leichte Möglichkeit umfassender erstrangiger Sicherung könne derart bestgesicherten Gläubigern Anreiz geben, das Schuldnervermögen im eigenen Interesse zu liquidieren, anstatt sich im Interesse des Schuldners selbst, der Belegschaft und anderer Gläubiger auf eine Sanierung mit langfristig ungewissem Ausgang einzulassen.[2164]

Die weiteren Ausführungen haben diesen zuletzt angesprochenen Problembereich im Auge.

2161 Siehe oben III.A.2.c.(ii.) unter 3. Zusammenfassung zum diesbezüglichen Trend in anderen Ländern in IV.F.1.c. unter 3.

2162 Siehe *Kantner,* Insolvenzstatistik 2019 für Österreich, ZIK 2020, 22. Der Prozentsatz liegt seit 2013 bei ca 40 %, zuvor war er höher *(Kantner* aaO 23). Ein ähnlicher Schnitt ergibt sich im Übrigen für das – aufgrund der Covid-19-Pandemie insgesamt besonders gelagerte – Kalenderjahr 2020: Bei 3.034 Unternehmensinsolvenzen wurde in 1.230 Fällen (40,54 %) mangels Kostendeckung kein Insolvenzverfahren eröffnet; vgl *Kantner,* Insolvenzstatistik 2020 für Österreich, ZIK 2021, 20. Im Jahr 2013 betrug der Prozentsatz 40,17 % (2.193 von 5.459 Unternehmensinsolvenzen), siehe *Zotter,* Insolvenzstatistik 2013 für Österreich, ZIK 2014, 18.

2163 So ausdrücklich *Riel,* ZIK 2007, 195 im Rahmen einer Besprechung des von der Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts unter *Schauer* erarbeiteten MSG-E.

2164 Vgl *Macdonald,* ZEuP 2009, 745 (748).

(ii.) Mögliche Begleitmaßnahmen, insbesondere eine carve-out-Regelung im Insolvenzrecht

Man kann auf solche Kritik – sofern man sie zumindest im Kern teilt – auf zweierlei Weise reagieren: Entweder man lässt von der Einführung eines Mobiliarsicherheitenregisters bzw anderer Möglichkeiten besitzloser Sicherungen gänzlich ab;[2165] oder man versucht, die konkreten Probleme durch Anpassungs- bzw Begleitmaßnahmen zu mildern. Als Feld für solche Begleitmaßnahmen bietet sich insbesondere das **Insolvenzrecht** an. Lassen sich auf diese Weise befriedigende Lösungen finden, könnte das österreichische Recht ein Registersystem einführen, zugleich aber eine Entwicklung »abkürzen«, die unter den hier näher untersuchten Rechtsordnungen bislang das englische und das deutsche Recht quasi als Gegenentwicklung zur Dominanz der dort möglichen umfassenden Globalsicherheiten *(floating charge* bzw Sicherungsglobalzession und Raumsicherungsübereignung) genommen haben.[2166]

Meines Erachtens gebührt der zweitgenannten Option der Vorzug: Eine Reform des österreichischen Mobiliarsicherungsrechts sollte sich sehr wohl in Richtung Registersystem bewegen, gleichzeitig sind aber mögliche Begleitmaßnahmen besonders im Insolvenzrecht zu prüfen. Diese zweite Diskussion kann hier nicht in umfassender Weise geführt werden; es lassen sich aber immerhin einige sehr grundsätzlich gehaltene Überlegungen beitragen. Diese Überlegungen beziehen sich primär auf ein in anderen Rechtsordnungen teils bereits verwirklichtes, jedenfalls aber in breiterer Form diskutiertes Modell, nämlich einen bestimmten Anteil des durch dingliche Sicherheiten belasteten Schuldnervermögens für ungesicherte Gläubiger zu reservieren ***(carve out).*** In den USA existiert dazu eine relativ eingehende akademische Diskussion;[2167] eine gesetzliche Umsetzung ist aber nicht erfolgt. Verwirklicht hat ein solches Modell in jüngerer Zeit hingegen das englische Recht auf Grundlage des Enterprise Act 2002, und zwar beschränkt auf *floating charges.* Danach gebühren den ungesicherten Gläubigern von den ersten £ 10.000,– an Nettovermögen 50 %, vom darüber hinausgehenden Vermögen 20 %, gedeckelt mit einer Gesamtsumme von £ 600.000,– bzw nunmehr £ 800.000,–.[2168] In Schweden galt zwischen 2004 und 2009 eine Regelung, der zufolge aus einem Unternehmenspfandrecht *(företagshypotek)* in der Insolvenz des Schuldners nur 55 % jenes Erlöses beansprucht werden konnten, der nach Befriedigung vorrangiger Gläubiger noch zur Verfügung stand. 45 % gingen demgemäß an niedrigerrangige, insbesondere ungesicherte Gläubiger. Zweck der Regelung war, durch relativ weitgehende Gleichstellung des durch Unternehmenspfand gesicherten

2165 So die Stoßrichtung im erwähnten Beitrag von *Riel,* ZIK 2007, 195.
2166 Vgl IV.A.2.a. aE für Deutschland und IV.E.2.b. unter 2. aE für England.
2167 Einführend und mit Nw *McCormack,* Secured Credit 22 ff.
2168 Vgl etwas näher oben IV.E.2.b. unter 2. aE.

Gläubigers mit ungesicherten Gläubigern dessen Bereitschaft zu Sanierungsmaßnahmen zu steigern und Zerschlagungspräferenzen zu reduzieren. Wegen – jedenfalls behaupteter – negativer Effekte auf die Möglichkeiten von Unternehmen, Kredit zu erlangen, wurde die Regelung nach wenigen Jahren wieder aufgegeben.[2169] In Deutschland war in den Vorarbeiten zur Insolvenzordnung 1994 ein pauschaler Verfahrensbeitrag der durch Eigentumsvorbehalt, Sicherungseigentum oder Sicherungsabtretung gesicherten Gläubiger im Liquidationsverfahren in Diskussion. Dieser Beitrag in Höhe von 25 % des Verwertungserlöses hätte im Wege einer endgültigen Umverteilung den ungesicherten Gläubigern zukommen sollen. Durchgesetzt hat sich dies nicht. Eingeführt wurde schließlich eine Beitragspflicht für Absonderungsgläubiger für die Feststellung und Verwertung iHv grundsätzlich pauschal 9 % des Verwertungserlöses.[2170]

Will man, worauf Kritiker eines Registerpfandrechts routinemäßig hinweisen, ein gewisses Maß an Massesubstrat für Sanierungs- oder Umverteilungszwecke bewahren, wird man sich der Diskussion solcher Konzepte stellen müssen. Wer nämlich zwecks Freihaltung von Vermögensteilen die Einführung eines Mobiliarsicherheitenregisters ablehnt, muss dartun, aus welchen rechtspolitischen Gründen dieses freie Schuldnervermögen ausgerechnet durch Fahrnisvermögen gehoben werden soll. Denn was **andere Vermögensbestandteile** betrifft, ist ein vollkommenes Absaugen aus der Masse namentlich durch Kreditinstitute schon lange Realität:[2171] Liegenschaftsvermögen, so vorhanden, wird meist zur Gänze in Haftung genommen, an Forderungsbeständen sind Globalsicherungszessionen längst etabliert. Eigentumsvorbehalt und Leasingkonstruktionen tragen, was neu angeschaffte Waren betrifft, das Ihre zum Entzug von Haftungsmasse bei. Die Liste ließe sich fortsetzen.[2172] Der Umstand, dass an operativ genutztem Fahrnisvermögen aufgrund des geltenden österreichischen Publizitätssystems die Begründung dinglicher Sicherungsrechte – außer zu Zwecken der Anschaffungsfinanzierung – nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich ist und an dieser Art von Vermögen umfassende Belastungen mit Einführung eines Registersystems erstmals ermöglicht würden, ist eine historische Zufälligkeit. Eine innere Rechtfertigung, solche Vermögenswerte prioritär zur Stärkung von Insolvenzmassen heranzuziehen, leuchtet daraus nicht hervor. Will man freies Massevermögen, zwecks endgültiger Umverteilung oder auch lediglich zum Zweck einer Sanierung, muss man konsequenterweise breiter ansetzen.

2169 Siehe *Lilja* in *W. Faber/Lurger,* National Reports V 1 (162).
2170 Vgl die Darstellung und Nw oben IV.A.2.a. aE.
2171 Vgl insoweit *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.03] §§ 451, 452 Rz 4 ff, die für den Fall gesetzgeberischen Einschreitens ebenfalls eine eingehende Diskussion der Verteilung des Vermögens auf die verschiedenen Gläubigergruppen anregen.
2172 Typischerweise wertvollere Vermögenswerte wie Gesellschaftsanteile, Wertpapierbestände oder Immaterialgüterrechte lassen sich bei Bedarf ebenfalls vollständig belasten.

Daran knüpft sich eine weitere, im oben gegebenen vergleichenden Überblick unterschiedlich gelöste Frage: Entschließt man sich zu einer *carve-out*-Lösung, **welche Sicherungsrechte** haben dann beizutragen? Nur Globalsicherungen (wie in England im Fall der *floating charge)?* Nur ganze Unternehmenshypotheken (wie zwischenzeitlich in Schweden)? Nur Sicherungen mit Absonderungscharakter, somit unter Ausschluss des Eigentumsvorbehalts (wie nun im Fall des Verfahrensbeitrags in Deutschland)? Derartige Einschränkungen bieten sich ja potentiell an, rechtspolitisch allenfalls minder erwünschte Sicherungsformen – zu denen je nach Bewertung insbesondere eben globale Sicherungen zählen könnten – in ihrer Attraktivität zielgerichtet zu beschneiden. Dabei sind allerdings zumindest drei Gesichtspunkte zu beachten: Zum einen können sich Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben, die in engeren oder weiteren Randbereichen zu Rechtsunsicherheit führen und letztlich die Kreditbeschaffung verteuern können, da in breiteren Bereichen als an sich notwendig Ausfälle der Sicherheit einkalkuliert werden müssen. Zweitens ist, was unter anderem den ersten Gesichtspunkt verstärkt, mit **Ausweichtendenzen** zu rechnen. Dies lehrt besonders anschaulich die englische Rechtsentwicklung, wo die systematische Benachteiligung der *floating charge* die Vertragspraxis in die Begründung von Serien an *fixed charges* gedrängt hat, an die man aus völlig anderen Gründen (Auswahl des Verwalters im Sanierungsverfahren) noch eine *lightweight floating charge* anhängt.[2173] Die erwünschte Stärkung der Insolvenzmassen wäre zumindest teilweise paralysiert. Drittens geht es um Gleichbehandlung. Solange keine durchschlagenden rechtspolitischen Gründe in Sicht sind, bestimmte Kategorien von Sicherungsrechten bzw Sicherungsnehmern von einer Beitragspflicht auszunehmen, wird gleichmäßiges Einbeziehen naheliegen. Dies gilt im Besonderen für den Eigentumsvorbehalt (bzw nach dem DCFR für *acquisition finance devices),* der in manchen Bereichen, etwa im Handel, ja ganz entscheidenden Anteil an der verbreiteten Massearmut hat. Ob man dann noch einen Schritt über das Mobiliarsicherungsrecht hinaus machen und auch Liegenschaftspfänder in die Pflicht nehmen soll, steht wohl noch auf einem anderen Blatt. Die beiden hier erstgenannten Gesichtspunkte würden jedenfalls im Wesentlichen entfallen, gänzlich andere Gründe können hinzutreten. Als grundsätzliche Frage stellt sich aber auch diese.

Bei all dem steht außer Frage, dass eine *carve-out*-Regelung den Zugang zu Kredit tendenziell erschweren und diesen verteuern kann, weil im Endeffekt weniger an Haftungswert zur Abdeckung von Ausfällen verbleibt. In welchem Ausmaß mit solchen Effekten zu rechnen wäre, steht allerdings nicht fest. Allzu pauschale Ablehnungsreaktionen auf dieser Argumentationsschiene scheinen ebensowenig hilfreich wie die generelle Ablehnung von Registerlösungen unter Hinweis auf

2173 Vgl oben IV.E.2.a. unter 3. und IV.E.2.b. unter 2.

zwangsläufige Verschärfung von Massearmut. Am Befund, dass eine solche Verschärfung zu erwarten ist, wenn das österreichische Recht eine Entwicklung in Richtung DCFR-Modell (oder eines anderen Registermodells) nehmen möchte, kommt man aber nicht vorbei. Die Gelegenheit für eine umfassende Diskussion über das Verhältnis gesicherter zu ungesicherten Gläubigern, von Verwertungsinteressen des Einzelnen zu kollektiven Sanierungsinteressen, von verschiedenen Kategorien gesicherter Gläubiger untereinander sowie über den Zugang zu Insolvenzverfahren allenfalls auch trotz Fehlens von kostendeckendem freiem Vermögen[2174] zu nutzen, läge auf der Hand.

3. Vorausbelastung von zukünftigem Sicherungsgut

a. Fragestellung

Unter dem Generalthema möglicher Ausweitungen der dinglichen Gläubigersicherung interessiert neben der bisher erörterten »horizontalen« Erstreckung in einen möglichst umfassenden Kreis an Sicherungsobjekten auch eine »zeitliche« Perspektive, nämlich inwieweit es dem Gläubiger ermöglicht wird, erst in der Zukunft verfügbares Sicherungsgut bereits frühzeitig für sich zu »reservieren«; wenn möglich auch für den Fall einer zwischenzeitig eintretenden Insolvenz des Sicherungsgebers. Diese Frage interessiert in Bezug auf Buch IX DCFR in besonderer Weise, weil dieses Regelungsmodell zum Teil mit Konzepten operiert, die dem geltenden österreichischen Recht fremd sind, die zum Teil auch auf die Wirkung von Sicherungsrechten im Insolvenzfall ausdrücklich Bezug nehmen – IX.–3:101 (1)(c) DCFR nennt den Insolvenzverwalter des Sicherungsgebers als einen jener Dritten, gegen den ein Sicherungsrecht nur unter den Voraussetzungen der *effectiveness* wirkt –, ohne aber den Fragenkreis einer ausdrücklichen und umfassenden Klärung zuzuführen.

Ausgangspunkt der Problemstellung ist die schon mehrfach angesprochene Dreigliederung sachenrechtlicher Effekte in die Konzepte der *creation, effectiveness* und *priority,* im Besonderen die dadurch eröffnete Möglichkeit eines ***advance filing*** (IX.–3:305(2) DCFR), also einer »Reservierung« von *effectiveness* und Rangstellung durch Registrierung eines Sicherungsrechts vor dessen eigentlicher Ent-

2174 In der Eröffnung von Insolvenzverfahren auch ohne Kostendeckung liegt eine seit Längerem vergeblich vorgebrachte Forderung des KSV 1870, vgl die in FN 2162 zitierte Pressemitteilung (ansonsten drohe »ein Weiterwursteln, wo eigentlich eine Sanierung möglich wäre; Gläubigerbevorzugung statt Gläubigergleichbehandlung …«). Die Thematik ist insgesamt deutlich komplexer als hier angedeutet; vgl mit Blick auf ökonomische Effekte und unterschiedliche potentielle Regelungsmodelle etwa *Bebchuk/Fried,* The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics, (1996–1997) 82 Cornell L Rev 1279 (auch zur Einbeziehung von Immobiliarsicherheiten); *de Weijs,* Secured Credit and partial priority: Corporate finance as a creation or an externalisation practice? EPLJ 2018, 63.

stehung *(creation).* In einem solchen System stellt es insbesondere bei globalen Sicherungsrechten eine Standardsituation dar, dass die Registrierung lange vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sicherungsgebers erfolgt ist, hinsichtlich erst zukünftig verfügbarer Sicherungsobjekte aber der Eintritt der *creation* aufgrund vorläufiger Nichterfüllung einzelner Voraussetzungen auf einen Zeitpunkt nach Verfahrenseröffnung hinausgeschoben ist: Im Zuge einer Unternehmensfortführung werden neue Waren angeschafft, die nach der erfolgten Spezifizierung vom Sicherungsrecht erfasst wären, über die jedoch zuvor noch nicht verfügt werden konnte;[2175] es werden Waren neu produziert oder aus neuen Verträgen Forderungen gegenüber Kunden begründet, neue Patente angemeldet usw, die nach der getroffenen Vereinbarung ebenfalls dem Sicherungsrecht unterfielen.[2176] Eine weitere einschlägige Situation ist jene, dass eine vom Sicherungsrecht erfasste Forderung gegenüber einem Dritten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwar bereits begründet war (und *creation* des Sicherungsrechts an ihr damit bereits eingetreten ist), der zweiseitige Vertrag mit dem Dritten, dem die Forderung entspringt, jedoch beidseitig nicht voll erfüllt ist, sodass der Insolvenzverwalter nach § 21 IO zum Rücktritt berechtigt und damit die Sicherheit vernichtbar sein könnte. Was heißt es in diesen Zusammenhängen, dass das Sicherungsrecht mit erfolgter Registrierung **gegen den Insolvenzverwalter »effektiv«** ist (IX.–3:101(1) mit Unterabsatz (c) DCFR)? Deckt auch das nach Verfahrenseröffnung erlangte oder existent gewordene, vom Sicherungsvertrag und seiner Spezifizierung erfasste Mobiliarvermögen die Forderungen des gesicherten Gläubigers, sodass es der Masse nicht unbelastet zur Verfügung steht? Ist dem Insolvenzverwalter ein Rücktritt vom Vertrag mit dem Dritten wegen der »Wirkung« des Sicherungsrechts gegen ihn verwehrt, sodass die entstandene Forderung nach Erfüllung durch die Masse dem Sicherungsnehmer zuzufließen hat?

Das geltende österreichische Recht räumt dem Sicherungsnehmer in den erwähnten Fällen keine insolvenzfeste gesicherte Position ein.[2177] Sollte Buch IX DCFR eine andere Beurteilung erfordern, käme dem enorme Sprengkraft zu und wäre wohl mit massivem Widerstand gegen die Rezeption eines solchen Modells zu rechnen.

2175 Hier kann die *creation*-Voraussetzung der Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers (IX.–2:105(b) DCFR) vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht verwirklicht gewesen sein.

2176 In diesen Fällen fehlt es bisher an der *creation*-Voraussetzung der Existenz des Sicherungsguts (IX.–2:101(a) DCFR).

2177 Vgl die Zusammenstellung zur Sicherung mittels Forderungsabtretung, zu der das Problem in Österreich primär diskutiert wird, oben III.C.2.b. unter 2.

b. *Beurteilung nach dem DCFR*

1. Denkbar wäre zunächst, dass die Modellregeln des DCFR im Allgemeinen oder jene seines Buchs IX im Speziellen das nach ihrem eigenen Selbstverständnis maßgebende **Verhältnis zum nationalen Insolvenzrecht** selbst determinieren; zB dergestalt, dass insolvenzrechtlichen Bestimmungen allgemein der Vorrang eingeräumt würde. Eine solche Regelung findet sich allerdings nicht. Auch die allgemeine Aussage in I.–1:101(2)(h) DCFR, der zufolge die Regeln des DCFR, sofern nicht anderes vorgesehen ist, nicht in Bezug auf Angelegenheiten angewendet werden wollen, die sich »primär auf Verfahren oder Vollstreckung beziehen«,[2178] trägt kaum zu einer Klärung bei. Diese Bestimmung, die unter »Vollstreckung« auch die insolvenzrechtliche Generalexekution bzw das Insolvenzrecht insgesamt meinen könnte, versteht sich nicht als strenge Ausnahmeregelung.[2179] Es ist danach auch nicht ausgeschlossen, dass gerade die in IX.–3:101(1)(c) DCFR vorgesehene »Wirkung« gegen den Insolvenzverwalter eine solche in I.–1:101(2) DCFR angesprochene Ausnahme vom Nichtgeltungswillen darstellen soll.

Einen gewissen Hinweis darauf, dass sich Buch IX mit der Nennung des Insolvenzverwalters in IX.–3:101(1) DCFR aber nicht notwendiger Weise mit sämtlichen denkbaren Wirkungen über andere Bestimmungen – wie jene des nationalen Insolvenzrechts – hinwegsetzen möchte, enthält die genannte Bestimmung selbst: Sie besagt nämlich genau besehen nur, dass ohne Erfüllung der in Kapitel 3 normierten *effectiveness*-Voraussetzungen *keine* Wirkungen gegenüber dem Insolvenzverwalter eintreten, nicht aber, *welche* Wirkungen konkret eintreten sollen, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind.[2180]

Nun ist natürlich in Hinblick auf den Modellgesetz-Charakter des DCFR zu beachten, dass dieser sich als Inspirationsquelle für nationale und allenfalls europäische Gesetzgeber versteht und es diesen Gesetzgebern folglich immer freisteht, von einzelnen Vorschlägen abzuweichen oder das Verhältnis von Umsetzungsregeln zu anderen Bereichen des nationalen Rechts nach ihren eigenen Präferenzen auszugestalten. Alle im voranstehenden Unterkapitel bezeichneten Fragen ließen sich daher in jedem Fall durch gesetzliche Klarstellungen lösen. Im Folgenden wird dennoch der Versuch unternommen, diese Fragen soweit möglich auf Grundlage des Modellregelwerks selbst zu klären. Dies vor allem in Hinblick darauf, dass die letztlich interessantesten Umsetzungsoptionen ein europäisches

---

2178 Die Bestimmung lautet auszugsweise: *»(2) They [These rules,* Anm*] are not intended to be used, or used without modification or supplementation, … or, except where otherwise provided, in relation to … (h) matters relating primarily to procedure and enforcement.«*

2179 Comments zu I.–1:101, DCFR Full Edition 86.

2180 IX.–3:101(1) DCFR lautet auszugsweise: *»A security right created according to Chapter 2 has no effects against … the insolvency administrator of the security provider, unless, subject to exceptions, the requirements of this Chapter are met.«*

Zusammenwirken implizieren. Abhängig davon, welche Form ein solches Zusammenwirken annimmt, könnten (im Fall der freiwilligen Orientierung an einem gemeinsamen europäischen Modellregelwerk) Divergenzen in der Umsetzung als nach Möglichkeit zu vermeidendes Übel gelten oder (falls eine Umsetzung dereinst in Verordnungsform erfolgen sollte) die Wirkungen auf andere Rechtsbereiche durch das Regelungsinstrument sogar bindend vorgegeben sein. Je besser das Selbstverständnis des DCFR als potentielles Vorbildmodell geklärt ist, desto besser lässt sich die Verhandlungsposition auch für solche Prozesse definieren. Erweist sich im Zuge dieser Klärung das DCFR-Modell mit den nationalen Wertungspräferenzen ohnehin als kompatibel, steht auch einer unmodifizierten Übernahme nichts Wesentliches entgegen.

2. Tatsächlich lassen sich auf Grundlage des DCFR selbst auch noch konkretere Argumente dagegen entwickeln, dass dieser für die oben aufgelisteten Situationen eine Ausweitung der Insolvenzfestigkeit von Sicherungsrechten an künftigen Vermögenswerten erzwingen würde, die einem fundamentalen Abweichen vom bisherigen österreichischen Rechtsverständnis gleichkäme. Ein solcher Weg bietet sich auf der Ebene der *creation* an und wird in den Erläuterungen zum DCFR selbst gewiesen: Für die *creation by granting* verlangt IX.–2:105(b) DCFR das Recht bzw die Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers zur Einräumung des Sicherungsrechts. Die Comments gehen davon aus, dass es an dieser **sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis** des Sicherungsgebers im Falle seiner Insolvenz fehlen werde.[2181] Nachdem sämtliche *creation*-Voraussetzungen der IX.–2:105 und IX.–2:102 DCFR gleichzeitig vorliegen müssen,[2182] um das Sicherungsrecht entstehen zu lassen, würde im Zeitpunkt des nach Insolvenzeröffnung erfolgten Erwerbs oder Entstehens der Sache oder der Begründung eines Forderungsrechts die erforderliche Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers bereits fehlen. Die *creation* des Sicherungsrechts nach Kapitel 2 wäre verhindert. Dann sichert die durch Vorab-Registrierung geschaffene *effectiveness* nach IX.–3:101(1)(c) DCFR, was neu erlangtes Vermögen betrifft, lediglich ein Nullum. Der Sicherungsgeber erwirbt an diesen neuen Vermögensgegenständen kein Verwertungsrecht. Sie kommen damit in vollem Umfang der Masse zu.

Das bisher Ausgeführte gilt allerdings nur unter der Prämisse, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach österreichischem Recht tatsächlich zum Verlust der sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis des Schuldners über sein insolvenzverfangenes Vermögen führt. Hiervon wird im zivilrechtlichen Schrifttum

2181 Vgl Comment C zu IX.–2:105, DCFR Full Edition 5418. Hierzu und zum Folgenden bereits *W. Faber,* JBl 2012, 341 (358 FN 122).

2182 Vgl Comment B zu IX.–2:102, DCFR Full Edition 5412 zur Voraussetzung der Existenz des Sicherungsguts.

in Österreich regelmäßig ausgegangen;[2183] auch in anderen Rechtsordnungen hat sich ein solches Verständnis zum Teil beobachten lassen.[2184] In der österreichischen Insolvenzrechtsliteratur sucht man deutliche Aussagen in diese Richtung soweit gesehen allerdings vergeblich: § 2 Abs 2 IO (früher § 1 Abs 1 Satz 2 KO) bestimmt zwar, dass durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte exekutionsunterworfene Vermögen, das dem Schuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Insolvenzverfahrens erlangt, »dessen freier Verfügung entzogen« wird. Dieser Entzug an Verfügungsbefugnis wird nun allerdings gemeinhin als Korrelat zur Bestimmung des § 3 Abs 1 Satz 1 IO verstanden, der zufolge »Rechtshandlungen« des Schuldners nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welche die Insolvenzmasse betreffen, den Insolvenzgläubigern gegenüber unwirksam sind: Dem Schuldner werde *»rechtlich* die Verfügung über die Masse entzogen, indem seine die Masse betreffenden Rechtshandlungen den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind (§ 3)«.[2185] Um »Rechtshandlungen«[2186] des Schuldners nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht es allerdings in den hier interessierenden Fällen von Vorausverfügungen erkennbar nicht: Die nach dem DCFR-Modell für die *creation* erforderlichen rechtsgeschäftlichen Handlungen, nämlich der Abschluss des Sicherungsvertrags als Verpflichtungsgeschäft, das Verfügungsgeschäft wie auch eine allenfalls separat erfolgte Spezifizierung, ferner die Registrierung des Sicherungsrechts nach Zustimmung des Sicherungsgebers, sind allesamt rechtzeitig vor Verfahrenseröffnung erfolgt. Allein die sachenrechtliche Verfügungsbefugnis war zur wirksamen *creation* des Sicherungsrechts an der künftig hinzutretenden Sache noch ausständig; und im automatischen

---

2183 Vgl zur parallelen Fragestellung der Insolvenzfestigkeit von Vorausverfügungen nach § 6 Abs 2 MSG-E die Erläuterungen bei *Schauer,* Register 51: Eine Vorausverpfändung ist nur dann insolvenzfest, »wenn der Sicherungsnehmer die Verfügungsbefugnis noch vor Insolvenzeröffnung erlangt« (wobei der Fall des Neuentstehens des Sicherungsguts im Vermögen des Sicherungsgebers mit gemeint ist). Es müsse »auch der letzte Teil des gestreckten Erwerbsvorgangs vor Eintritt der Insolvenz erfolgt« sein, um Wirkung in der Insolvenz des Sicherungsgebers zu entfalten.

2184 Siehe namentlich oben IV.B.3.b.(i.)(α) zum niederländischen Recht.

2185 *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger,* Insolvenzrecht I⁴ § 1 KO Rz 127 (Hervorhebung im Original). Korrelierend wird zu § 3 KO (IO) ausgeführt *(Buchegger* aaO § 3 KO Rz 2): »§ 3 enthält die wichtigste Vorschrift für die Entziehung der rechtlichen Verfügung des GS über die Masse; seine Rechtshandlungen, natürlich nur soweit ihm die Verfügung entzogen ist, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.« Das offensichtliche Gleichsetzen von Verfügungsentzug (§ 2 Abs 2 IO, § 1 Abs 1 KO) und Unwirksamkeit von Rechtshandlungen gegenüber den Insolvenzgläubigern (§ 3 IO bzw KO) begegnet schon bei *Rintelen,* Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts (1915) 140 ff; *Petschek/Reimer/Schiemer,* Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 458 f; vgl auch *Rechberger/Seeber/Thurner,* Insolvenzrecht³ (2018) 118 (Rz 216 ff).

2186 Als »Rechtshandlungen« iSd § 3 IO bzw KO gelten »etwa«: Rechtsgeschäfte (auch dingliche), widerrechtliche Handlungen, prozessuale Handlungen; vgl *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger,* Insolvenzrecht I⁴ § 3 KO Rz 3.

Erwerb dieser Verfügungsbefugnis mit Entstehen oder Erlangen des betreffenden Vermögenswerts wird man eine »Rechtshandlung« im traditionellen Verständnis vermutlich nicht zu erblicken haben.

Eine abschließende Beurteilung dieser insolvenzdogmatischen Fragen kann hier dahinstehen.[2187] Denn die oben erwähnten Erläuterungen zu Buch IX DCFR haben ja deutlich gemacht, dass ein Verlust sachenrechtlicher Verfügungsbefugnis durch nationales Insolvenzrecht als Grund für das Nichtentstehen des Sicherungsrechts nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens jedenfalls anerkannt wird.[2188] Ist dieses Ergebnis gewünscht und lässt es sich auf – möglicherweise völlig anders begründetem – interpretativem Weg im österreichischen Insolvenzrecht nicht mit hinreichender Sicherheit erreichen, kann das Problem durch eine gesetzliche Klarstellung leicht behoben werden. Bedenken gegenüber einer Rezeption des DCFR-Modells ergeben sich nach alldem aber keine.

Auf ein mögliches Folgeproblem sei kurz hingewiesen: Scheitert das Entstehen des vorab-registrierten Sicherungsrechts nach Insolvenzeröffnung am Fehlen der erforderlichen Verfügungsbefugnis (oder aufgrund einer alternativen Begründung mit vergleichbarem Effekt[2189]), läuft der mittels **revolvierender Sicherheit** gesicherte Gläubiger Gefahr, dass diese im Zuge einer Unternehmensfortführung sukzessive »austrocknet«. Dies etwa dann, wenn vom belasteten Forderungsbestand fällig gewordene Forderungen von der Masse eingezogen werden, neu begründete aus den erwähnten Gründen aber nicht mehr von der Sicherheit erfasst werden. Ebenso, wenn Warenbestände aufgrund der nach IX.–5:204(1) DCFR bestehenden Verfügungsbefugnis lastenfrei veräußert werden, keine wirksame Erstreckung des ursprünglichen Sicherungsrechts an der Sache auf Erlöse[2190]

2187 Gleiches gilt für die Folgefrage, die sich ergäbe, wenn das nachträgliche automatische Entstehen sachenrechtlicher Verfügungsbefugnis sehr wohl unter das Konzept der »Rechtshandlung« des § 3 IO zu subsumieren wäre (mit dem Ergebnis, dass die *creation* einer durch Vorausverfügung begründeten Sicherheit den Insolvenzgläubigern gegenüber nach §§ 2, 3 IO unwirksam wäre): Dann würde sich nämlich fragen, ob ein nachträgliches automatisches Wirksamwerden von Sicherungsrechten während der Insolvenz dann in Betracht käme, wenn ein Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung (§§ 169 ff IO) vorliegt, in welchem dem Schuldner ja gerade wieder »Rechtshandlungen« gestattet werden (§§ 171 ff IO).

2188 Oben FN 2181.

2189 Der Lösungsansatz über eine mit Erwerb des potentiellen Sicherungsguts einsetzende »sachenrechtliche Verfügungsbefugnis« könnte sich ähnlicher Kritik ausgesetzt sehen wie eine Entscheidung über die Insolvenzfestigkeit oder Nicht-Insolvenzfestigkeit einer Sicherungszession danach, ob ein »Durchgangserwerb« der Forderung beim Zedenten anzunehmen sei oder nicht. Die hA in Österreich steht solch formalen Kriterien skeptisch gegenüber (oben III.C.2.b. unter 1.). Ein Unterschied zur Sicherungszession als Vollrechtssicherheit besteht nach dem DCFR-Modell dabei insofern, als nach dem DCFR-Konzept eines einheitlichen beschränkten dinglichen Sicherungsrechts die Forderung selbst jedenfalls in die Masse fällt (und sich lediglich die Frage stellt, ob daran aufgrund der vorweg bereits erfolgten Verfügung noch ein Sicherungsrecht entstehen kann).

2190 Eine solche Erstreckung sollte insolvenzfest möglich sein, vgl unten V.F.3.b. unter 1.

bestehen sollte oder diese eingezogen und unidentifizierbar vermengt werden, und wiederum neu zum Warenbestand hinzutretende Objekte nicht mehr vom Sicherungsrecht erfasst werden können. Im Aufrechterhalten eines konstanten Sicherungswerts für eine unverändert geschuldete Summe Geldes besteht absolut nichts Verwerfliches. Während aber etwa beim Liegenschaftspfand der im Grundstück verkörperte Sicherungswert ohne weiteres erhalten bleibt, bedarf es bei revolvierenden Sicherungsbeständen, sollen sie vom Schuldner weiter operativ genutzt werden können, eines beständigen »Nachfüllens«, das auch rechtswirksam vollzogen werden kann. Man könnte in diesem Umfang, also soweit der ursprüngliche Sicherungswert durch Neubegründungen lediglich aufrechterhalten werden soll, Ausnahmen vom Verlust der Verfügungsbefugnis (oder sonstigen Beschränkungsmechanismus) erwägen. Ansonsten wird der Kreditgeber die ursprünglich erteilte Verfügungs- bzw Einziehungsermächtigung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begrenzen.[2191] Die ursprünglich revolvierende Sicherheit wird dann eingefroren. Soll das belastete Vermögen im Zuge einer Unternehmensfortführung genutzt werden können, muss eine Verfügungsbefugnis neu verhandelt werden.

3. Ein Fall zur Belastung künftiger Forderungsrechte bleibt noch zu erörtern, und zwar jener, dass die konkrete Forderung bereits vor Insolvenzeröffnung entstanden (und die *creation* des Sicherungsrechts an dieser folglich bereits erfolgt) ist, der Vertrag zwischen Sicherungsgeber und Drittem, aus dem die betreffende Forderung resultiert, aber beidseitig noch nicht voll erfüllt ist. Wie weiter oben näher ausgeführt, bestehen hierzu unterschiedliche Lösungsansätze im österreichischen Recht, nach denen unter anderem der Frage besondere Bedeutung zukommt, ob dem Insolvenzverwalter trotz bereits erfolgter Sicherungsabtretung das **Wahlrecht nach § 21 IO im Verhältnis zum Drittschuldner** zukommt oder nicht.[2192] Steht ihm das Wahlrecht zu und wählt der Insolvenzverwalter den Rücktritt, geht die schon begründete Forderung als Sicherungsgut verloren. Es stellt sich daher die Frage, ob ein durch *advance filing* gemäß IX.–3:101(1)(c) DCFR auch gegenüber dem Insolvenzverwalter »effektiv« gesicherter Gläubiger allenfalls keine Gestaltungsrechte des Insolvenzverwalters gegen sich gelten lassen muss, sodass allenfalls die Masse ihre Verpflichtung gegenüber dem Dritten aus Eigenem zu erfüllen hätte und der gesicherte Gläubiger sich aus der nunmehr werthaltig gewordenen Forderung befriedigen könnte. Bei derartigem Rechtsverständnis würde sich die Position des Sicherungsnehmers gegenüber dem geltenden Recht eklatant auf Kosten der Masse verbessern.

2191 § 25a IO steht dem nicht entgegen, da keine »Vertragsauflösung« im Sinne dieser Bestimmung vorliegt.

2192 Siehe oben III.C.2.b. unter 2. bei und nach FN 869.

Ein solches Rechtsverständnis scheint allerdings nicht angezeigt: Das hier angesprochene Wahlrecht des Insolvenzverwalters bezieht sich auf einen Vertrag zwischen dem Sicherungsgeber und einem Dritten. Man wird kaum davon ausgehen können, dass eine Regelung zur »Wirksamkeit eines Sicherungsrechts gegenüber dem Insolvenzverwalter« (also im Verhältnis zweier Personen) ein Gestaltungsrecht des Insolvenzverwalters gegenüber einer dritten Person beeinträchtigen wolle. Dies umso mehr, als das Gestaltungsrecht nicht direkt das Sicherungsrecht an sich oder seine *effectiveness* betrifft. Zwar wirkt es sich indirekt – durch Beseitigung des Sicherungsguts – sehr wohl auf die Befriedigungsmöglichkeit des Sicherungsnehmers aus, dies allerdings als quasi unvermeidbare Konsequenz der Wahrung von Masseinteressen durch Rückgriff auf eines der zentralsten insolvenzrechtlichen Schutzinstrumente (den Rücktritt nach § 21 IO). An derart fundamentalen Grundwertungen des Insolvenzrechts wird der DCFR nicht rühren wollen.

4. Im **Ergebnis** zeigt sich also, dass der Insolvenzmasse nachteilige Veränderungen im Bereich der Insolvenzfestigkeit von Voraus-Belastungen künftigen Sicherungsguts nicht zu befürchten sind.

4. Umfassende Sicherung insbesondere künftiger Forderungen

Die letzte Frage zur allfälligen Ausweitung von Haftungsmöglichkeiten gegenüber dem geltenden österreichischen Recht betrifft anders als in den voranstehenden Abschnitten nicht Ausdehnungen in Bezug auf das Sicherungsgut (im Sinne eines möglichst breiten Erfassens des gesamten Mobiliarvermögens bzw zukünftiger Vermögenswerte), sondern in Bezug auf die **gesicherten Forderungen.** Auch insofern kann ja grundsätzlich vereinbart werden, dass ein Sicherungsrecht nicht bloß eine einzige, sondern mehrere Forderungen absichern soll, und diese Forderungen können auch solche sein, die gegenwärtig noch gar nicht existieren. Derartige Erstreckungen des Sicherungsrechts auf weitere Forderungen kann einerseits Interessen des Sicherungsgebers daran berühren, das Sicherungsgut nach gewisser Zeit wieder aus der Haftung auszulösen, um darüber anderweitig disponieren zu können. Zweitens können Interessen Dritter berührt sein, deren Zugriffsmöglichkeiten auf das Sicherungsgut insbesondere bei nachträglicher Ausweitung der Haftung auf weitere Forderungen durch einen höherrangig gesicherten Gläubiger leiden oder gar zunichte gemacht werden können.

Im Folgenden wird zunächst dem rechtlichen Rahmen des DCFR für diesen Fragenkreis im Allgemeinen nachgegangen. Im Anschluss sind zwei spezifische Problemlagen zu erörtern.

▷

a. *Der rechtliche Rahmen des DCFR im Allgemeinen, insbesondere zur Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung*

1. Die »Existenz der gesicherten Forderung« ist gemäß IX.–2:102(c) DCFR allgemeine Voraussetzung der ***creation*** eines jeden *security right* im technischen Sinne.[2193] Die Bestimmung drückt aus, dass Sicherungsrechte im Sinne des Buchs IX stets vom Bestand der gesicherten Forderung abhängige Sicherungsrechte sind (Akzessorietätsprinzip).[2194] Die Vereinbarung einer dinglichen Sicherung für eine erst künftig entstehende Forderung oder eine bedingte Forderung wird dadurch nicht gehindert; das Sicherungsrecht entsteht allerdings erst mit Existentwerden der Forderung bzw Eintritt der Bedingung (IX.–2:104(5) DCFR).

Während das mit der *creation* zentral verbundene Verwertungsrecht mangels gesicherter Forderung vor deren Entstehen noch nicht eintreten kann, können sich andere Rechtswirkungen vor diesem Zeitpunkt durchaus ergeben. So werden etwa die in Kapitel 5 von Buch IX geregelten Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf das Sicherungsgut (zB Sorgfalts- und Versicherungspflicht, Verarbeitungs- und Verfügungsbefugnis) anzuwenden sein.[2195] Insbesondere können schon vor vollständiger *creation* durch ***advance filing*** die *effectiveness* im Sinne von Kapitel 3 und die Rangwirkung im Sinne von Kapitel 4 herbeigeführt werden. Darin wird ein besonderer Vorteil des *notice-filing*-Systems gesehen: Die Registrierung samt Drittwirksamkeits- und Prioritätseffekten kann bereits vor Abschluss des Sicherungsvertrags und damit schon in der Verhandlungsphase über

2193 Gleiches gilt nach IX.–2:201(1)(c) DCFR für die *creation* eines *retention of ownership device.* Im Folgenden werden allerdings Sicherungsrechte im technischen Sinne, also beschränkte dingliche Verwertungsrechte, im Vordergrund stehen.

2194 Vgl – auch zum Folgenden – Comment D zu IX.–2:102, DCFR Full Edition 5413. Zu weiteren Ausprägungen des Akzessorietätsgrundsatzes in Buch IX DCFR oben V.B.2.d. FN 2039.

2195 In diesem Bereich scheint sich im Übrigen eine gewisse konzeptionelle Unschärfe des DCFR zu ergeben: Nach Comment B zu IX.–5:101, DCFR Full Edition knüpfen die Bestimmungen dieses Kapitels an die erfolgte *creation* des Sicherungsrechts an, die jedoch im Fall der Bestellung einer Sicherheit für künftige Forderungen wie gesehen noch aufgeschoben ist. Dennoch kann an der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen im Grundsatz nicht gezweifelt werden, entspricht doch die Interessenlage gerade in Bezug auf das bereits bestellte Sicherungsgut vollauf jener nach Entstehen der gesicherten Forderung (vorausgesetzt, es kommt zu deren Entstehen). Der Wortlaut der Bestimmungen in Kapitel 5 knüpft – insofern sinnvollerweise – an das Konzept der *creation* nicht unmittelbar an, sondern gebraucht durchwegs den Begriff der *encumbered assets* (allerdings ohne diesen näher zu erläutern oder zu definieren). Das hier aufgezeigte, prima facie vor allem terminologisch-konzeptionelle Problem könnte also relativ einfach durch eine Regelung saniert werden, dass als *encumbered assets* für die Zwecke dieses Kapitels auch solche gelten, hinsichtlich derer alle *creation*-Voraussetzungen mit Ausnahme der Existenz der gesicherten Forderung bereits erfüllt sind. Ansonsten ließen sich jedenfalls jene in Kapitel 5 angeordneten Regelungen, die sich auf die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Parteien beziehen, allenfalls auch auf den bereits abgeschlossenen Sicherungsvertrag zurückführen.

einen in Aussicht genommenen Kredit erfolgen. Es kann auch rangwahrend für den Fall späterer Kreditausweitungen Vorsorge getroffen werden.[2196] Sind die als Sicherungsgut fungierenden Vermögenswerte umfassend genug (insbesondere also global) definiert und die Registrierung mit entsprechender Breite vorgenommen, können diesem Eintrag später weitere Sicherungsvereinbarungen über neue Kredite »angehängt« werden. Es kann – vorbehaltlich der sogleich noch näher zu erörternden Frage ausreichender Bestimmtheit – auch von Anfang an vereinbart werden, dass künftig entstehende Forderungsrechte vom ursprünglich vereinbarten Sicherungsrecht mit erfasst sein sollen.

Vom geltenden österreichischen Recht weicht dies, gemessen an praktischen Ergebnissen, nur teilweise ab. Zwar kommt die Begründung irgendwelcher dinglicher Wirkungen vor Abschluss des Sicherungsvertrags nach geltendem Recht nicht in Betracht, besonders der zuletzt angesprochene Effekt, dass das einmal begründete Sicherungsrecht vereinbarungsgemäß alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Gläubigers gegen den Schuldner decken soll, ist heute grundsätzlich anerkannt, jedenfalls wenn der Rechtsgrund der zu sichernden Forderungen hinreichend bestimmt ist, wie im Fall von Forderungen aus der bestehenden Geschäftsverbindung zwischen den beiden Parteien.[2197]

2. Von einer – zum österreichischen Recht vergleichsweise breit diskutierten[2198] – Voraussetzung der **Bestimmbarkeit** der gesicherten Forderung macht Buch IX DCFR keine ausdrückliche Erwähnung. Es werden also insbesondere auch keine speziellen Kriterien für eine solche Identifizierung angeordnet (wie etwa das Feststehen von Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund der zu sichernden Forderung zu einem bestimmten Zeitpunkt). Einziger möglicher Anknüpfungspunkt für diese Frage ist die bereits erwähnte Bestimmung des IX.–2:102(c) DCFR, nach welcher die Existenz der gesicherten Forderung notwendige Voraussetzung der *creation* ist. Ähnlich wie bereits zur Frage der Spezifizierung des Sicherungsguts diskutiert[2199] wird die Verortung auf Ebene der *creation* auch hier dafür sprechen, dass Publizitätserwägungen bzw die Warnung Dritter nicht als allfälliger Zweck von Bestimmbarkeitsanforderungen in Bezug auf die gesicherte Forderung in Betracht kommen werden. Auch sonstige Schutzintentionen sind aus der äußerst reduzierten Regelung nicht ersichtlich. Konkretisierungsleitlinien lassen sich wohl einzig aus der Akzessorietätsfunktion des IX.–2:102(c) DCFR gewinnen. Danach soll das dingliche Recht an der belasteten Sache dazu dienen, bei Eintritt

2196 Vgl UNCITRAL Legislative Guide 174 und UNCITRAL Practice Guide 47 (Rn 186); siehe auch Comments zu IX.–3:305, DCFR Full Edition 5504.
2197 Vgl die Übersicht zum Diskussionsstand oben III.A.3.b. unter 1. mit Nw in FN 725.
2198 Vgl abermals oben III.A.3.b. und die dortigen Nw.
2199 Oben V.C.2.a.(ii.) unter 3. vor FN 2139.

des Sicherungsfalls aus dieser Sache Befriedigung für eine Forderung zu erlangen. Daher muss **eindeutig festgestellt werden können**, zugunsten welcher Forderung dieses Recht besteht. Diese Forderung muss ja wirksam begründet, weiterhin aufrecht und fällig sein, um Rechte aus der Sicherheit geltend machen zu können. Die Kriterien, anhand derer dies zu beurteilen ist, müssen sich aus dem Sicherungsvertrag (allenfalls aus einem Nachtrag zu diesem) ergeben. Feste Regeln über bestimmte Mindestkriterien bestehen auch für die Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung nicht. Ob die im Einzelfall gebrauchten Kriterien eine hinreichende Zuordnung zulassen, ist auch im vorliegenden Zusammenhang anhand allgemeiner Auslegungsregeln zu beurteilen; wieder hat es der Gläubiger durch Gebrauch hinreichend klarer Formulierungen in der Hand, den Umfang der Deckung zweifelsfrei festzulegen. Auch die Beweislast trifft den Sicherungsnehmer.[2200]

Ferner lassen sich aus dem DCFR keinerlei Einschränkungen hinsichtlich des Zeitpunkts ermitteln, zu dem die Identifizierung einer konkreten Forderung als vom Sicherungsrecht gedeckte Forderung vorgenommen werden muss. Es ist also auch hier auf den jeweiligen **Beurteilungszeitpunkt** abzustellen, beispielsweise auf jenen der Verwertung.[2201]

Auf dieser Akzessorietäts- bzw Bestimmtheitsebene lassen sich also keine generellen Einschränkungen in Bezug auf zu sichernde Forderungen vornehmen. Die Regelungen in Buch IX liefern hierzu schlichtweg keine Anhaltspunkte. Nach dem bisher Ausgeführten wäre also nicht bloß die Haftung »für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus der Geschäftsbeziehung« möglich, sondern auch die Haftung »für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen, die X gegen Y zustehen« (also ohne Einschränkungen in Hinblick auf den Rechtsgrund der Forderungen). Sieht man Bedarf nach Einschränkungen, müssen sich diese auf einer anderen Ebene ergeben.

b. Globale Sicherung künftiger Forderungen und Erwerb solcher Forderungen von Dritten

Zuweilen wird ein Problem bei sehr weitgehender Sicherungsmöglichkeit gegenwärtiger und auch zukünftiger Forderungen darin gesehen, dass wegen der ständigen Möglichkeit des Entstehens neuer Forderungen der Sicherungsgeber die Sachhaftung praktisch nie mehr beenden könnte. Dieser solle grundsätzlich die Möglichkeit haben, seine Sache wieder auszulösen und anderweitig darüber zu

2200 Vgl jeweils wieder V.C.2.a.(ii.) unter 3. zur Bestimmbarkeit bzw Spezifizierung des Sicherungsguts.

2201 Auch dies entspricht den Überlegungen zur Spezifizierung des Sicherungsguts, siehe oben V.C.2.a.(ii.) unter 3. aE.

disponieren.[2202] Das Argument wiegt mE insoweit nicht allzu schwer, als es um Verbindlichkeiten geht, die der Schuldner selbst begründet. Denn das Entstehen solcher Verbindlichkeiten kann er steuern (zB eine Geschäftsbeziehung kündigen) und die Haftung durch Abtragen der bereits bestehenden Schulden beenden.

Eine besondere Problemlage kann bei besonders weiter Globalhaftung (für »alle Forderungen von X gegen Y«) allerdings darin bestehen, dass der Gläubiger dann auch Forderungen unter die dingliche Sicherheit bringen könnte, die der Schuldner gar nicht ihm selbst gegenüber begründet hat. Der Sicherungsnehmer könnte zum Beispiel ursprünglich ungesicherte Forderungen, die einem Dritten gegen den Schuldner zustehen und deren Einbringlichkeit fraglich erscheint, zu einem relativ geringen Preis von diesem Dritten erwerben und dann als nunmehr gesicherte Forderung geltend machen. Solches wird weitgehend als verpönt angesehen.[2203]

Diese spezifische Problemlage greift der DCFR auf: IX.–2:401(3) DCFR bestimmt, dass eine Globalsicherheit nur solche Forderungen sichert, die **aus Verträgen zwischen dem Schuldner und dem gesicherten Gläubiger resultieren**. Damit sind Forderungen ausgeschlossen, die sich der Gläubiger von einem Dritten abtreten lässt. Ausgeschlossen sind ferner nicht-vertragliche Forderungen, insbesondere solche aus Delikt. Diese Regelung wäre aus Sicht des österreichischen Rechts, das sich in derartigen Zusammenhängen wohl um den Schuldner ebenso sorgt wie um allenfalls in ihren Befriedigungsaussichten zurückgeworfene nachrangige Sicherungsnehmer, wohl gut akzeptabel.

Auf eine Unsicherheit betreffend diese Auslegung dieser Bestimmung sei allerdings hingewiesen: Die Erläuterungen zu IX.–2:401 DCFR[2204] verweisen (vermutlich infolge Zeitdrucks bei der Ausarbeitung) pauschal auf jene zur korrespondierenden Regelung im Abschnitt über persönliche Sicherungsrechte (IV.G.–2:104(3) DCFR). Danach ist die Parallelregel in IV.G.–2:104(3) DCFR grundsätzlich dispositiv[2205] und hat lediglich zugunsten von Verbrauchern zwingenden Charakter.[2206] Die Formulierung des Verweises legt eher nahe, dass die Bestimmung im Bereich dinglicher Sicherheiten stets abdingbar sein soll.[2207] Dafür könnte auch ein Größenschluss sprechen, da die persönliche Haftungsübernahme nach Buch IV.G. gegenüber einer dinglichen Globalhaftung nach Buch IX stets interzessionsweise

2202 In Österreich diskutiert etwa bei *Apathy,* ÖBA 2000, 1031 (1038 f) mwN. Hierzu und zum Folgenden bereits oben III.A.3.b. unter 1. nach FN 737.

2203 Vgl wiederum *Apathy,* ÖBA 2000, 1031 (1038 f) mwN zum schweizerischen und deutschen Schrifttum.

2204 Comments zu IX.–2:401, DCFR Full Edition 5473.

2205 Siehe Comment F zu IV.G.–2:104, DCFR Full Edition 2613.

2206 Comment G zu IV.G.–2:104, DCFR Full Edition 2614 mit Hinweis auf IV.G.–4:102(2) DCFR.

2207 Die Comments zu IX.–2:401 (DCFR Full Edition 5473) verweisen ausdrücklich nur auf Comments A bis F (wo vom dispositiven Charakter die Rede ist), nicht aber auf Comment G (der vom zwingenden Charakter gegenüber Verbrauchern handelt) zu IV.G.–2:104 DCFR.

(also nicht für eigene Schuld, wie nach Buch IX wohl meist) erfolgt und die Haftung mit dem gesamten Privatvermögen neben dem beweglichen auch allfälliges unbewegliches Vermögen umfasst. Beim dinglichen Sicherungsrecht können allerdings auch Interessen nachrangig dinglich gesicherter Gläubiger beeinträchtigt sein, weshalb ein Größenschluss allein unter Bezug auf Interessen des Sicherungsgebers nicht vorschnell gezogen werden sollte. In diesem Bereich könnte man sich mE einen gewissen Spielraum im Zuge einer allfälligen Übernahme des DCFR-Modells in das österreichische Recht durchaus offenlassen.

c. *»Nachschieben« später entstandener Forderungen*

Auf ein weiteres, durchaus grundsätzliches Problem ist hinzuweisen, das allerdings zu seiner Lösung noch einer breiteren rechtspolitischen und rechtstechnischen Diskussion bedarf, als sie hier geleistet werden kann. Es hängt eng mit der Funktionsfähigkeit der Lösung zur Übersicherung zusammen, geht aber darüber hinaus. Das Problem ist folgendes: Besteht erstens die Möglichkeit, eine günstige (typischerweise die beste) Priorität durch frühes Registrieren zu sichern, und tritt zweitens noch die Möglichkeit hinzu, durch Sicherung auch künftiger Forderungen ein späteres signifikantes Anwachsen des Deckungsvolumens unter dieser günstigen Priorität unterzubringen, werden nachrangig gesicherte Gläubiger in ihren Befriedigungschancen uU massiv beschnitten oder diese überhaupt zunichte gemacht.

Die Frage bezeichnet wohlgemerkt kein DCFR-genuines oder auf *notice-filing*-Systeme beschränktes Problem. Praktisch wirkt es sich allerdings vor allem dort aus, wo die Belastung weiter Vermögensteile, etwa in Form einer Globalhaftung, leicht möglich ist. In Österreich wird es bisher deshalb keine besondere Rolle gespielt haben, weil beim praktischen Hauptfall der Mobiliarsicherung, der Sicherungsglobalzession, aufgrund der Vollrechtsübertragung von vornherein keine nachrangig gesicherten Gläubiger vorhanden sind.

(i.) Interessenlage

Blickt man zunächst auf die Interessenlage der beteiligten Akteure, ergibt sich grob gefasst folgendes Bild:

1. **Nachrangig gesicherte Gläubiger** laufen wie erwähnt Gefahr, dass ihnen im Vergleich zur Lage im Zeitpunkt ihrer Kreditierungsentscheidung durch nachträgliches Einstellen zusätzlicher Forderungen unter die vorrangige Sicherheit im Falle der Verwertung deutlich weniger, allenfalls auch gar nichts mehr zufällt. Unter solchen Voraussetzungen hätten sie dem Schuldner vielleicht gar nicht Kredit gewährt, vielleicht nur unter Stellung anderer (persönlicher) Sicherheiten bzw unter Hinzurechnung eines Risikoaufschlags.

Damit ist freilich noch nicht unbedingt gesagt, in welchem Umfang allfälliges Vertrauen solcher nachrangiger Gläubiger auch rechtlich schutzwürdig ist. In jenem Ausmaß, in dem die Auslastung der Sicherheit oder eine eingeräumte Kreditlinie schon im Zeitpunkt der Kreditierungsentscheidung bekannt war, muss der spätere Gläubiger ja stets damit rechnen, dass ihm der frühere zuvorkommen wird. Er wird auch damit zu rechnen haben, dass die vorrangig gesicherte Verbindlichkeit durch Zinsenlauf und Kosten in gewissem Umfang ansteigen könnte. Ob in diesem Ausmaß letztendlich die ursprüngliche oder eine erst später entstandene, vom Sicherungsrecht vereinbarungsgemäß ebenfalls erfasste Forderung gesichert wird, ist aus der Perspektive des nachrangigen Gläubigers im Grunde irrelevant. Schutzwürdiges Vertrauen darin, dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten tatsächlich reduziert und damit die Auslastung der Sicherheit mit der Zeit jedenfalls absinkt, wird man dem nachrangigen Gläubiger nicht zubilligen. Im Ausmaß der ursprünglichen Kreditausnutzung bestehen also mit Blick auf die Interessen des Nachrangigen keine Bedenken dagegen, dass der vorrangige Gläubiger nach Tilgung der ursprünglichen Forderung neue Forderungen unter die Sicherung »nachschiebt«.

Anders kann dies in Bezug auf solche neuen Forderungen zu beurteilen sein, mit denen sich die Ausnutzung der Sicherheit gegenüber dem ursprünglichen Stand überproportional (dh über einen üblicherweise in Betracht zu ziehenden »Polster« hinaus) erhöht. Nachdem unter dem DCFR-Registermodell Informationen über die gesicherten Forderungen grundsätzlich nicht im Register aufscheinen, wird sich der sorgfältige nachrangige Sicherungsinteressent solche Informationen durch Nachforschung beschaffen. Hinsichtlich der gesicherten Forderung erfolgt dies nach IX.–5:401 DCFR über den Sicherungsgeber, der gegenüber dem bereits gesicherten Gläubiger einen Auskunftsanspruch hat und Auskunftserteilung auch direkt an den interessierten Dritten verlangen kann. Dieser Informationsanspruch bezieht sich auf den *»amount of the obligation covered by the security«* (IX.–5:401(1) DCFR). Die Comments erläutern nicht näher, was genau hierunter zu verstehen ist,[2208] legen jedoch eher das Verständnis nahe, dass es sich dabei um den aktuell aushaftenden Betrag der gesicherten Forderung(en) handelt[2209] und betonen, dass diese Information in erster Linie für spätere Sicherungsinteressenten (oder Erwerbsinteressenten) von Interesse sein werde, um den »verbleibenden Wert« des Sicherungsguts durch Abzug des Forderungsbetrags zu ermitteln.[2210] Wenn hier der im Anfragezeitpunkt aushaftende Betrag (beim Kontokorrentkredit

2208 Comment A zu IX.–5:401 (DCFR Full Edition 5597 f) wiederholt lediglich den Begriff *»amount of the obligation covered«*.

2209 Vgl Comment D zu IX.–3:320, DCFR Full Edition 5524, wo es heißt, *»the amount of the secured right will more often than not be fluctuating or even not exactly known to the secured creditor«*.

2210 So in Comment A zu IX.–5:401, DCFR Full Edition 5598.

sinnvollerweise die vereinbarte Kreditlinie) gemeint ist, dann erhält der Interessent uU gar keine Information über die etwa bestehende Möglichkeit, künftig erst zu begründende weitere Forderungen zB aus zusätzlichen Krediten im selben Rang unterzubringen. In einer solchen Situation wäre das Vertrauen des späteren Sicherungsinteressenten, keine signifikante Ausdehnung der Vorlast hinnehmen zu müssen, allerdings sehr wohl schutzwürdig und wohl auch -bedürftig.

Nun können solche Unklarheiten hinsichtlich des Normverständnisses einer Modellregelung im Falle einer grundsätzlichen Übernahme des DCFR-Modells selbstredend legislativ bereinigt werden. Man könnte also beispielsweise klarstellen, dass die vom Sicherungsnehmer zu erteilende Information auch einen Hinweis auf eine etwa vereinbarte Erstreckung der Haftung auf näher spezifizierte zukünftige Verbindlichkeiten enthalten muss. Damit wird allerdings der Kern des Problems nicht gelöst. Der spätere Sicherungsinteressent kann sich dann trotz sorgfältigster Erkundigung nie wirklich darauf verlassen, dass das Sicherungsgut, sofern dieses bei Eintritt des Sicherungsfalls noch vorhanden ist (dieses Risiko trägt er stets), zumindest ab einem bestimmten Erlöswert zur Deckung seiner Ansprüche zur Verfügung steht. Denn der vorrangige Gläubiger könnte ihn mit späteren Forderungen jederzeit »überholen« und verdrängen. Information schafft hier also im besten Fall Unsicherheit.

Auf solche Unsicherheit wird ein nachrangiger Sicherungsinteressent reagieren müssen. Die Kreditierung unterbleibt oder kann nur unter Hinzurechnung einer Risikoprämie, falls möglich unter Einräumung sonstiger Sicherheiten gewährt werden. Der nachrangige Sicherungsinteressent scheidet damit entweder aus dem Finanzierungswettbewerb vollkommen aus oder erleidet im Fall seiner weiteren Teilnahme jedenfalls einen Wettbewerbsnachteil gegenüber dem vorrangig gesicherten Gläubiger, der einen später nachzuschiebenden Kredit unter der günstigen Bedingung anbieten kann, eine (bereits bestehende) dingliche Sicherheit bis zum vollen Wert des Sicherungsguts jedenfalls ausnützen zu können.

Der mit der Informationspflicht nach IX.–5:401 DCFR offenkundig verfolgte Zweck, späteren Sicherungsinteressenten eine valide Entscheidungsgrundlage über allfällige Deckungsaussichten zu ermöglichen und damit einen Wettbewerb grundsätzlich gleichgestellter Kreditanbieter zu fördern, wird damit untergraben.

2. Anders stellt sich die Lage für **ungesicherte Gläubiger** dar: Sie müssen stets damit rechnen, dass ihnen gesicherte Gläubiger vorgehen. Wer diese sind und wann deren dinglich gesicherte Forderungen entstehen, spielt keine entscheidende Rolle. Der erstgesicherte Gläubiger würde ihnen auch dann vorgehen, wenn er für seine spätere Forderung lediglich ein drittrangiges Sicherungsrecht begründen könnte. Damit können die Interessen ungesicherter Gläubiger im vorliegenden Zusammenhang in der Folge unberücksichtigt bleiben. Natürlich kann aber eine oben diskutierte umfassende Information sowohl über die gegenwärtige Kredit-

auslastung als auch über allfällige Möglichkeiten einer nachträglichen Ausweitung der gesicherten Forderungen auch ungesichert kreditierenden Gläubigern – so sie den Sicherungsgeber zur Bereitstellung dieser Informationen bewegen können – in gewissem Maße hilfreich sein, ihre tatsächlichen Risiken zu kalkulieren.

3. Für den **Kreditnehmer** (meist zugleich Sicherungsgeber) ergeben sich zunächst insoweit keine Nachteile, als er es ja selbst in der Hand hat, spätere Verbindlichkeiten gegenüber dem erstgesicherten Gläubiger einzugehen oder nicht. Allerdings trifft ihn die unter 1. diskutierte Unsicherheit für jeden potentiellen nachrangigen Gläubiger: Von solchen wird er Kredit tendenziell nur zu ungünstigeren Konditionen erhalten können. Dies wiederum stellt für den erstrangigen Gläubiger einen Anreiz dar, den durch Verunsicherung anderer entstandenen Wettbewerbsvorteil zu nützen und seinerseits das Kreditangebot (im Rahmen seines Vorsprungs) zu verteuern. Im Ergebnis besteht das Risiko, dass der Schuldner faktisch an den erstgesicherten Großkreditgeber gebunden wird,[2211] und zwar zu Konditionen, die bei funktionierendem Wettbewerb ohne weiteres unterboten werden könnten.

Dem Sicherungsgeber stehen – jedenfalls theoretisch – zwei Mittel zu Gebote, diese nachteiligen Effekte zu unterbinden: Er muss einer Erstreckung der Haftung auf weitere zu sichernde Forderungen nicht zustimmen. Oder er kann dies zwar grundsätzlich tun, zugleich aber einen Haftungshöchstbetrag vereinbaren, mit dem der Gläubiger dann für Hauptschuld, Zinsen und sonstige Kosten das Auslangen finden muss (IX.–2:401(1) und (2) DCFR). Sehr fraglich ist allerdings, ob Sicherungsgeber im Allgemeinen die Verhandlungsmacht haben, solche Vertragsinhalte gegen das Interesse des Kreditgebers durchzusetzen.

Ist der Sicherungsgeber nicht zugleich Personalschuldner, liegt es allein an Letzterem, von der Haftung bereits abgedeckte zukünftige Verbindlichkeiten zu begründen. Der Sicherungsgeber ist hier einem Fremddispositionsrisiko ausgesetzt. Abhängig von der konkreten Eingrenzung des Sicherungsguts kann das konkrete Haftungsrisiko für den Drittsicherungsgeber uU auch unüberschaubar sein. Jedenfalls bei Haftung mit dem gesamten beweglichen Vermögen kann eine Problemlage bestehen, die jener bei Bürgschaftsübernahme mit Globalhaftung oder Erstreckungsklausel nahekommt.[2212]

4. Der **vorrangig gesicherte Gläubiger** profitiert durch die Möglichkeit, später entstehende Forderungen auch in insgesamt ausgeweitetem Volumen unter

2211 Vor Risiken einer Abhängigkeit des Sicherungsgebers gegenüber dem erstgesicherten Gläubiger aufgrund einer Vorab-Sicherung künftiger Forderungen warnt auch *Hamwijk,* Publicity 369.

2212 Zur Globalbürgschaft hat sich in Österreich bereits eine relativ eingehende Diskussion ergeben; Zusammenfassung und Nw bei *W. Faber* in *Schwimann/Kodek,* ABGB VI[4] § 1353 Rz 15.

der ursprünglichen Priorität zu sichern, zum einen in Form administrativer Vereinfachung und Kostenersparnis, da beim Einstellen späterer Forderungen unter die bestehende Sicherheit kein weiterer Registrierungsakt mehr erforderlich ist. Nachdem in einem *notice-filing*-System sowohl Registrierungsaufwand als auch Registrierungskosten allerdings ohnehin vergleichsweise gering ausfallen, wiegt dieser Aspekt wohl nicht allzu schwer. Der wesentliche Nutzen liegt im Sichern eines Prioritätsvorteils für gegebenenfalls alle zukünftigen Forderungen gegen den Schuldner. (Zumindest) als Nebenwirkung kommt dem vorrangigen Gläubiger wie besprochen aufgrund der Unsicherheit für nachfolgende Sicherungsnehmer ein Wettbewerbsvorteil zu.

Es mag vorgebracht werden, dass von einem solchen Vorteil auch der Kreditnehmer in Form günstigerer Konditionen profitiert. Hierzu sind an dieser Stelle mangels empirischer Daten natürlich nur schematische Aussagen möglich. Dabei wird man davon ausgehen können, dass im Vergleich zu einem potentiellen zweitrangigen Sicherungsnehmer der erstgesicherte aufgrund der bereits erörterten Effekte bloß relativ günstigere Bedingungen bieten kann, dabei allerdings dem Anreiz unterliegt, seinen Wettbewerbsvorteil auszunützen, sodass in Summe keine Ersparnis auf Kundenseite eintreten würde. Etwas anders gestaltet sich die Konkurrenz gegenüber einem potentiellen drittrangigen (oder noch niedriger rangierenden) Sicherungsnehmer: Hier kann der Erstgesicherte uU tatsächlich billiger anbieten als ein Drittrangiger, selbst wenn der drittrangige Gläubiger keinem Unsicherheitseffekt unterläge, da der optimalgesicherte Gläubiger den dazwischen rangierenden zweiten Sicherungsnehmer aus seinem Anteil am Befriedigungskuchen verdrängen kann, der drittrangige dagegen nicht. Inwieweit ein solcher (auf Kosten des Zwischengesicherten generierter) Wettbewerbsvorteil tatsächlich dem Kunden zugutekommt, ist eine andere Frage.

Nicht erforderlich ist die Möglichkeit des »Nachschiebens« weiterer Forderungen nach dem DCFR-Modell jedenfalls zur gleichrangigen Absicherung von Zinsen sowie allfälligen Schadenersatzforderungen, Vertragsstrafen und Ersatzforderungen für zweckmäßig aufgewendete Betreibungskosten. Diese Posten gelten (mangels anderer Vereinbarung) von Anfang an als vom Umfang der ursprünglichen Forderung gedeckt (IX.–2:401(1) und (2) DCFR).

(ii.) Bewertung und Lösungsansätze

1. Bei allen in der bisherigen Erörterung anklingenden Bedenken steht außer Frage, dass das Absichern auch künftiger Forderungen legitimen Kreditgeberinteressen entsprechen kann, die sich in vielen Fällen auch in Abwägung mit Interessen anderer Beteiligter als unbedenklich erweisen. Geht es lediglich darum, das Volumen an gesicherten Forderungen in etwa aufrecht zu erhalten, spricht nichts gegen eine solche Möglichkeit. Man denke beispielsweise an eine Bank, die laufend als Anschaffungsfinanzierer für Warenankäufe fungiert, in welchem

Fall je nach Konstruktion eine Vielzahl relativ kurzlebiger Einzelforderungen gesichert werden muss. Auch ein maßvolles Ausdehnen des ursprünglich bestehenden Haftungsumfangs erscheint grundsätzlich unbedenklich, da nachfolgende Sicherungsinteressenten mit gewissen Schwankungen rechnen können. Problematisch ist mE allein eine **signifikante Ausweitung** des Umfangs an gesicherten Forderungen, und auch dies nur ab jenem Zeitpunkt, in dem nachrangige Sicherungsinteressenten auf Grundlage von Informationen über den Haftungsumfang (mag darin ein Hinweis auf die Erstreckungsmöglichkeit enthalten sein oder nicht) eine Kreditierungsentscheidung treffen müssen.

Im Fall einer solchen signifikanten nachträglichen Ausweitung des gesicherten Forderungsumfangs sind allerdings die oben skizzierten negativen Effekte mE stärker zu gewichten als die Vereinfachungsfunktion für den Kreditgeber. Der **Wettbewerb** zwischen verschiedenen Kreditgebern, den der DCFR durch verschiedene Maßnahmen wie den grundsätzlich funktionalen Ansatz eines einheitlichen Sicherungsrechts und eben auch durch Eröffnung nachrangiger Sicherungsmöglichkeiten fördern möchte, wird durch die bloße Möglichkeit eines »Nachschiebens« zusätzlicher, die Gesamtauslastung der vorrangigen Sicherheit signifikant steigernder gesicherter Forderungen, erheblich gestört. Damit wird auch die quasi systemimmanente Lösung des Übersicherungsproblems (eben die Eröffnung nachrangiger Belastungsmöglichkeiten) konterkariert.

Zudem gerät man in solchen Fällen in ein gewisses Spannungsverhältnis mit **Grundvorstellungen des Prioritätsprinzips**, dem an sich ein hoher Gerechtigkeitsgehalt innewohnt: Gläubiger sollen in der Reihenfolge dinglich gesichert sein, in der sie sich um diese Sicherheit bemühen. Diesem Gedanken würde entsprechen, dass sich ein Gläubiger, der für eine bestimmte Forderung bereits eine Sicherheit erlangt hat und nun für eine zusätzliche Forderung neuerlich eine dingliche Sicherung anstrebt, diesbezüglich eben »hinten anstellen« muss.

2. Eine sachgerechte Lösung der Problematik fällt dennoch nicht leicht. Zum einen wäre eine tragfähige abstrakte **Abgrenzung** problematischer von unproblematischen Sicherungen (auch) künftiger Forderungen zu schaffen. Denn keinesfalls geht es darum, die Sicherung eines bereits eingeräumten, aber noch nicht ausgenutzten Kredits zu unterminieren. Auch die Sicherung künftiger Bestandzinsforderungen oder einer künftigen Kaufpreisforderung weckt keine grundsätzlichen Bedenken, auch wenn noch ungewiss ist, ob das diese Forderungen begründende Geschäft überhaupt zustandekommt. Als gemeinsames Kriterium erscheint hier, dass ein bestimmtes, im Vorhinein in seiner Tragweite absehbares Geschäft gesichert werden soll, worüber nachrangige Sicherungsinteressenten im Rahmen ihrer Erkundigungen Kenntnis erhalten müssen. Auch der oben bereits angesprochene Fall des bloßen Aufrechterhaltens oder auch maßvollen Anhebens eines gesicherten Forderungsumfangs begegnet keinen Bedenken. Wie genau die

Grenze zum oben als »signifikante Ausweitung« durch Nachschieben neuer Forderungen bezeichneten Problembereich verlaufen soll, wäre unter Abwägung rechtspolitischer Gesichtspunkte näher festzulegen.[2213]

Zum Zweiten stellt sich die Frage der adäquaten Verortung allfälliger Begrenzungsmaßnahmen. Im Fall des Drittsicherungsgebers, der Fremddispositions- und Unvorhersehbarkeitsrisiken ausgesetzt ist, mögen allgemein-vertragsrechtliche Instrumente der Sittenwidrigkeits- und AGB-Kontrolle angemessene Lösungen liefern; zB die teilweise Unwirksamkeit des Sicherungsvertrags, soweit die Haftungsübernahme über einen konkreten »Anlasskredit« hinausgeht.[2214] Die dingliche Haftung kommt dann in dem darüber hinausgehenden Umfang nicht zustande. Wird die dingliche Sicherheit hingegen – was dem Normalfall entspricht – vom Personalschuldner selbst bestellt, schießt die (auch nur teilweise) Unwirksamkeit der Sicherheit aber über das Ziel hinaus. Das hier interessierende Problem ergibt sich **allein auf Prioritätsebene**: Nachrangige Sicherungsgeber laufen Gefahr, von einem vorrangigen mit einer späteren Forderung überholt und verdrängt zu werden; daran knüpfen sich auch die für die diskutierten Wettbewerbsverzerrungen ursächlichen Unsicherheitsmomente. Dagegen, dass ein Sicherungsrecht für die spätere Forderung mit einer niedrigeren Priorität wirksam zustandekommt, spricht überhaupt nichts. Auch nicht dagegen, dass ein solches Sicherungsrecht in der Insolvenz des Sicherungsgebers oder im Fall der Zwangsvollstreckung in das Sicherungsgut »effektiv« ist.

Herkömmliche potentielle Lösungsansätze erweisen sich insofern vielfach als überschießend. Dies gilt zum einen für eine mögliche Regelung dahingehend, dass der Sicherungsvertrag (nicht unbedingt auch das Register)[2215] zumindest dann, wenn er eine Haftungserstreckung auf zukünftige Forderungen enthält, zwingend einen Haftungshöchstbetrag enthalten muss. Gegen die weitergehende Haftung spräche ja im vorliegenden Zusammenhang nichts; allein gegen die unbeschränkte Geltung derselben Priorität auch für sämtliche künftige Forderungen. Eine Höchstbetragsgrenze allein für die Prioritätswirkung würde insofern genügen. Darin könnte in der Tat eine sachlich angemessene Lösung liegen, sofern sie sich auch praktikabel durchführen lässt. Denkbar wäre insofern, gesetzliche Regelungen für die (maximale) Bemessung eines solchen »**Prioritätshöchstbetrags**« festzulegen, die sich zB an einem bestimmten Prozentsatz der ursprünglich

---

2213 Beispielsweise zwischen 120 % und 150 % der ursprünglich gesicherten Forderung (die wie erwähnt gemäß IX.–2:401(1) und (2) DCFR Zinsen und Kosten unter Einschluss von Verwertungskosten bereits umfasst).

2214 Vgl die entsprechende Diskussion bei der Bürgschaft (FN 2212).

2215 Die zwingende Angabe eines Haftungshöchstbetrags im Register begegnet etwa im neuen belgischen Recht (vgl oben IV.D.4.b. unter 1. und 4.). Zu möglichen – sich aus anderen Zusammenhängen ergebenden – Bedenken gegen solche Angaben im Register siehe unten V.D.2.c.

gesicherten konkreten Forderung(en) orientieren.[2216] Dieser »Prioritätshöchstbetrag« könnte dann zusätzlich in die Auskunftspflicht des gesicherten Gläubigers gemäß IX.–5:401 DCFR einbezogen werden. Damit wäre das Gesamtsystem weitgehend gewahrt und den oben aufgezeigten Risiken angemessen Rechnung getragen. Im Register müsste dieser Betrag nicht aufscheinen.

Aus vergleichbaren Gründen überschießend wäre im Übrigen die Lösung über einen Freigabeanspruch des Sicherungsgebers. Er verhindert ja ebenfalls die Entstehung einer dinglichen Sicherung für die spätere Forderung insgesamt. Ein »Anspruch auf Vorrangeinräumung« zugunsten des zweitrangigen Sicherungsinteressenten[2217] würde genügen, wäre aber wohl etwas schwerfällig und würde zunächst ebenfalls die Kenntnis des späteren Sicherungsnehmers darüber voraussetzen, ab welcher Grenze ihm ein solcher Anspruch zusteht. Sieht der Gesetzgeber im Zuge einer allfälligen Umsetzung von legislativen Begrenzungsmaßnahmen überhaupt ab, könnten nachrangige Sicherungsnehmer sich immerhin dadurch abzusichern versuchen, dass der Sicherungsgeber sich ihnen gegenüber verpflichten muss, keine neuen Verbindlichkeiten mit dem vorrangigen Gläubiger einzugehen, die im Wege der Vorab-Registrierung unter den besseren Rang fallen und das Auslastungsvolumen der Sicherheit anheben würden. In Anlehnung an die *negative pledge clause* des englischen Rechts[2218] ließe sich von einer *negative credit clause* sprechen. Eine »dingliche« Wirkung käme solchen Vereinbarungen allerdings nicht zu; bei Verletzung der Abrede stünden in der Insolvenz des Sicherungsgebers gegen diesen nur Schadenersatzansprüche als Insolvenzforderung zu.

3. Nach dem Vorstehenden weckt die Möglichkeit des gesicherten Gläubigers, mittels *advance filing* eine grundsätzlich unbegrenzte Anzahl zukünftiger Forderungen unter die Priorität des ursprünglichen Sicherungsrechts »nachzuschieben«, somit zwar prinzipiell Bedenken. Das Problem erweist sich allerdings grundsätzlich als lösbar. Immerhin Ansätze konnten hierzu beigetragen werden. In Summe ergibt sich damit auch aus dem hier diskutierten Problem kein Grund, der nachhaltig gegen eine Entwicklung in Richtung DCFR-Ansatz sprechen würde.

D. Publizität und Register

Eine der wohl wesentlichsten Fragen aus Sicht des österreichischen Rechts, das Publizitätsgesichtspunkten traditionell ja einen besonderen Stellenwert einräumt, geht dahin, wie das DCFR-Modell gegenüber verschiedenen Typen von Dritten

2216 Vgl FN 2213.
2217 Zum Rangtausch an sich IX.–4:108 DCFR.
2218 Vgl oben IV.E.2.a. unter 4. bei FN 1745.

das Bestehen von Sicherungsrechten erkennbar macht. Das nun folgende Kapitel widmet sich diesem Fragenkreis in zwei größeren Abschnitten: Zunächst wird den Drittwirkungen eines Sicherungsrechts bei Einsatz der verschiedenen potentiellen Publizitätsmittel wie Besitznahme und Registrierung im Allgemeinen nachgegangen (V.D.1.). Im Anschluss wird – unter vergleichender Berücksichtigung anderer bereits besprochener Registermodelle – das Registersystem des DCFR einer näheren Untersuchung unterzogen (V.D.2.).

1. Publizität nach Buch IX im Allgemeinen

Drittwirkungen verschiedener Art ergeben sich nach Buch IX bei Erfüllung der Voraussetzungen für *creation, effectiveness* und *priority.*[2219] Nachdem die Voraussetzungen im Rahmen dieser Konzepte je nach Typus von Sicherungsobjekt variieren, empfiehlt es sich, die nachfolgende Untersuchung nach Sicherungsgut-Typen zu gliedern. Die Erörterung beschränkt sich der Themenstellung der Arbeit entsprechend auf Sicherheiten an Fahrnisgegenständen und Forderungen. Die Diskussion der erstgenannten Kategorie wird ausführlicher ausfallen, da hier einige allgemeine Grundsätze mit zu behandeln und einige besondere Regelungen zu beachten sind. Die anschließende Besprechung von Sicherheiten an Forderungsrechten kann sich im Vergleich dazu kürzer fassen. Ausgeklammert bleiben Sonderregeln zu bestimmten Vermögenswerten wie Inhaberaktien oder sonstigen Wertpapieren[2220] sowie generell der größere Bereich der Finanzsicherheiten,[2221] für den alternativ zur Registrierung die Möglichkeit eröffnet ist, *effectiveness* im Sinne von Kapitel 3 auch durch *»control«* zu bewirken. Dieses in IX.–3:204 DCFR näher geregelte Konzept wäre unter Publizitätsgesichtspunkten eine eigenständige Untersuchung wert, gerade weil die dort vorgesehenen Kontrollmechanismen typischerweise nicht nach außen treten. Dennoch erfahren mittels *control* »effektiv« gemachte Sicherungsrechte eine zusätzliche Privilegierung insofern, als ihnen nach IX.–4:102 DCFR Superpriorität gegenüber anderen Sicherungsrechten am

---

2219 Vgl einleitend V.A.2.c.

2220 Hier bestehen zT Sonderbestimmungen im Bereich der *creation* einschließlich Gutglaubenserwerbsregeln (IX.–2:302 ff, IX.–2:111 DCFR), denen Bedeutung für die Wirkung gegenüber bestimmten Dritten (Erwerbern und späteren Sicherungsnehmern) zukommt; ferner zur *effectiveness* (IX.–3:202 f DCFR).

2221 Legaldefinitionen des Überbegriffs *»financial assets«* und des wesentlichen Unterbegriffs der *»financial instruments«* bieten IX.–1:201(6) bzw (7) DCFR. Erfasst sind im vorliegenden Kontext zB bei Kreditinstituten gehaltene Kontobestände, handelbare Aktien, Fondsanteile, Geldmarktinstrumente sowie Rechte an bzw bezogen auf solche Titel (zB Optionen) etc. Den Erläuterungen zufolge besteht Deckungsgleichheit mit dem Konzept der Finanzsicherheiten-RL; vgl Comments zu IX.–1:201, DCFR Full Edition 5406. Zum Konzept der »Finanzsicherheiten« iSd RL (in Gestalt der – weitgehend wortgleichen – Umsetzung in § 3 Abs 1 FinSG) vgl bereits einleitend I.B. mit FN 27, worauf hier verwiesen werden darf.

selben Vermögenswert eingeräumt wird. Auch insoweit würde eine Bewertung tiefergehende Untersuchungen erfordern.

a. *Fahrnis*

(i.) Besitz und Registrierung: Regelungssystematik und erste Bewertung

In Bezug auf Sicherungsrechte an beweglichen körperlichen Sachen sieht Buch IX DCFR zwei alternative »Publizitätsmittel« vor: zum einen das Ausüben von Besitz am Sicherungsgut durch den Gläubiger, zum anderen die Eintragung des Sicherungsrechts ins Register. Am deutlichsten zum Ausdruck kommt dies in IX.–3:102 DCFR, der Besitzausübung und Registrierung als taugliche Mittel zum Bewirken von *effectiveness* iSv Kapitel 3 definiert. Das Konzept der *effectiveness* betrifft in Buch IX DCFR allerdings wie mehrfach erwähnt bloß die Wirksamkeit des Sicherungsrechts gegenüber bestimmten, nicht gegenüber sämtlichen Kategorien von Dritten. Zum Teil tritt Drittwirksamkeit – durchaus in Abweichung von anderen *notice filing*-Systemen wie dem von UNCITRAL geschaffenen Regelungsmodell[2222] – grundsätzlich bereits mit *creation* ein. Damit ist die konzeptionelle Aufgliederung in verschiedene sachenrechtliche Wirkungsmomente auch für die Beurteilung der von Buch IX geschaffenen Publizitätswirkungen zu beachten. Es liegt nahe, die nähere Analyse dieser Wirkungen anhand der wesentlichen Typen von Drittinteressenten zu gliedern (potentielle Sach- bzw Sicherungsrechtserwerber sowie ungesicherte Gläubiger); dies sowohl aus praktischer Perspektive als auch deshalb, weil sich jeweils unterschiedliche Bestimmungen als einschlägig erweisen.

Zu beachten ist eine besondere, der langen Zeit zwischen Abfassung und Erscheinen dieser Arbeit geschuldete Art der Darstellung: Der nun folgende Abschnitt zu Sicherungsrechten an Fahrnis sowie der nachfolgende zur Belastung von Forderungen[2223] entstammt der ursprünglichen Fassung der Schrift und evaluiert das Drittwirksamkeitskonzept des DCFR primär unter Wertungsgesichtspunkten und hinsichtlich der Angemessenheit seiner Ergebnisse. In der späteren Auseinandersetzung des Verfassers mit dem Thema ist demgegenüber mit Blick auf mögliche Reformschritte der Aspekt eines wohl breiter empfundenen Bedürfnisses

---

2222 Die Art 18 ff UNCITRAL Model Law, die die *»effectiveness of a security right against third parties«* regeln und hierfür grundsätzlich eine Registrierung oder im Fall von beweglichen körperlichen Sachen alternativ die Besitzübertragung verlangen, differenzieren nicht zwischen verschiedenen Typen von »Dritten«. Wenngleich die Fragestellung kaum näher erörtert wird, ist eindeutig, dass das Model Law mit *third parties* alle in Betracht kommenden Kategorien von Dritten meint, nämlich a) Erwerber der belasteten Sache, b) Erwerber eines weiteren Sicherungsrechts an der belasteten Sache und c) ungesicherte Gläubiger bzw Insolvenzgläubiger. Vgl in diesem Sinne etwa UNCITRAL Practice Guide 11 (Rn 42).

2223 Kapitel V.D.1.a.(i.) und V.D.1.b.

nach Vereinfachung stärker hervorgetreten. Es wird daher im Anschluss auch ein alternatives Modell diskutiert, das die Drittwirksamkeit gegenüber allen Typen von Dritten (Sacherwerber, späterer Sicherungsnehmer, ungesicherte Drittgläubiger) einheitlich mit *effectiveness* (Registrierung, Besitzübertragung) eintreten lässt.[2224]

(α) Konflikt mit potentiellen Erwerbern der Sache

1. Herausgegriffen sei zunächst der Typus des potentiellen Sacherwerbers; das ist ein Dritter, der am Erwerb des Eigentums an der bereits belasteten Sache interessiert ist. Gegenüber diesem wirkt das auf der Sache lastende Sicherungsrecht bereits **ab *creation.*** Das ergibt sich relativ deutlich zum Beispiel aus IX.–5:303(1) DCFR. Dort ist bestimmt, dass im Fall der Eigentumsübertragung am Sicherungsgut weder die Existenz noch die *effectiveness* des Sicherungsrechts berührt wird und der Erwerber ab dem Zeitpunkt des Rechtsübergangs als Sicherungsgeber gilt. Eintritt der *effectiveness* wird hierfür nicht vorausgesetzt; es genügt die bloße »Existenz« des Sicherungsrechts als Folge der *creation.*[2225] Auch der Wortlaut von IX.–3:101(1)(a) DCFR weist – wenngleich eine deutlichere Klarstellung durchaus wünschenswert wäre – in diese Richtung, indem er die Wirkung gegenüber *holders of proprietary rights,* nicht aber gegenüber *aquirers of proprietary rights,* an die Erfüllung der *effectiveness*-Voraussetzungen knüpft.[2226]

Nun setzt, wie ebenfalls bereits erörtert, die *creation* eines Sicherungsrechts im technischen Sinne oder eines *retention of ownership device* nach den Bestimmungen des Kapitels 2 **keinerlei Publizität** voraus.[2227] Daraus folgt allerdings nicht, dass nachfolgende Erwerbsinteressenten, denen die bestehende Belastung nicht bekannt sein musste, schutzlos blieben. Vielmehr eröffnet der DCFR einen **gutgläubigen lastenfreien Erwerb** des Eigentumsrechts. Die diesbezügliche Grundregel in VIII.–3:102 DCFR wird für den speziellen Fall des Erwerbs einer mit einem Sicherungsrecht (iwS)[2228] belasteten Sache durch Sonderbestimmungen in IX.–6:102

2224 Siehe unten V.D.1.c. Wenngleich dieses Modell nach nunmehriger Ansicht des Verfassers in einem nationalen oder europäischen Reformvorhaben die besseren Karten haben dürfte, wurde in den Text der voranstehenden Abschnitte nicht wesentlich eingegriffen. In analytischer und argumentativer Hinsicht haben sie ihren Wert mE nicht eingebüßt und sollen für die weitere Diskussion zugänglich bleiben.

2225 Vgl ausdrücklich Comment B zu IX.–2:101, DCFR Full Edition 5409f. Comments A und B zu IX.–5:303 (DCFR Full Edition 5594f) unterstreichen die Konsequenz dieser Regelung aus der dinglichen Natur des Sicherungsrechts und nehmen dabei ebenfalls nur auf die Existenz des Sicherungsrechts, nicht aber auf seine etwaige *effectiveness* Bezug. Vgl auch oben V.A.2.c. unter 1. und 2. sowie *W. Faber,* JBl 2012, 341 (349); allgemein ferner *Hamwijk,* Publicity 339f.

2226 Auch hierzu bereits oben V.A.2.3. unter 2. Vgl namentlich IX.–2:102 iVm IX.–2:105 DCFR für *security rights* sowie IX.–2:102 iVm IX.–2:201 DCFR für *retention of ownership devices.*

2227 Vgl wiederum V.A.2.c. unter 1.

2228 Für Belastungen mittels *retention of ownership device* gilt IX.–6:102 DCFR aufgrund IX.–1:104(1)(c) DCFR entsprechend.

DCFR ergänzt.[2229] Geschützt ist grundsätzlich der entgeltliche Erwerb im Vertrauen auf das Eigentum oder das Bestehen einer Verfügungsbefugnis des Vormanns.[2230] Aus Sicht des Sacherwerbers besteht somit kein prinzipielles Schutzdefizit.

2. Aus Sicht des Sicherungsnehmers wiederum ist wesentlich, dass er einen solchen Verlust seiner Sicherheit durch gutgläubigen Wegerwerb auf zweierlei Weise – mit unterschiedlich hohem Grad an Sicherheit – **verhindern** kann: Er kann zum einen das Sicherungsgut in **Besitz** nehmen. Damit wird das Gutglaubenserwerbsrisiko de facto zur Gänze ausgeschaltet. Nach VIII.–3:102(1)(b) DCFR muss zwar der Veräußerer (Sicherungsgeber) nicht notwendig in Besitz der Sache sein, der gutgläubige lastenfreie Erwerb setzt gemäß dieser Bestimmung aber die Übergabe der Sache an den Erwerber oder ein Übergabeäquivalent *(equivalent to delivery)* voraus. Doch wird gerade die physische Übergabe an den Erwerber natürlich unterbunden, solange sich die Sache beim Sicherungsnehmer befindet. Und auch der Rückgriff auf ein Übergabeäquivalent kann in dieser Situation nicht zum Rechtsverlust des Sicherungsnehmers führen: Vorgesehen ist zwar ein *transfer by notice* (VIII.–2:105(2) DCFR, im Wesentlichen vergleichbar der Besitzanweisung nach österreichischem Recht), doch normiert VIII.–3:102(3) DCFR ausdrücklich, dass im Fall der Übereignung durch dem besitzenden Dritten (hier dem Sicherungsnehmer) zukommender *notice* gerade die diesem Dritten zustehenden beschränkten dinglichen Rechte nicht untergehen. Ein Besitzkonstitut oder eine vergleichbare Vereinbarung zwecks Übereignung ohne Besitzverschaffung – in der Diktion der Übereignungsgrundregel in VIII.–2:101 DCFR: *agreement as to the time ownership is to pass* – stellt kein taugliches Übergabeäquivalent dar.[2231] Durch Inbesitznahme des Sicherungsobjekts kann der Gläubiger dem Gutglaubenserwerbsrisiko somit wie nach geltendem österreichischem Recht vorbeugen. Auch aus Perspektive des Sacherwerbsinteressenten besteht im Ergebnis kein Unterschied: Die Sache ist beim Veräußerer nicht physisch vorhanden, ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb kommt nicht in Betracht.

3. Die zweite Möglichkeit des Sicherungsnehmers, das Risiko eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs zu minimieren, besteht in der **Registrierung** des Sicherungsrechts. In diesem Fall kann das Sicherungsgut beim Besteller verbleiben,

2229 Flankiert werden die genannten Bestimmungen durch IX.–5:303(2) DCFR, der festhält, dass im Fall eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs weder das Sicherungsrecht als solches noch seine *effectiveness* zulasten des Erwerbers fortwirken.

2230 VIII.–3:102(1)(c) und (d) DCFR.

2231 Vgl Comment B zu VIII.–3:102, DCFR Full Edition 4879 f. Zum *transfer by notice* im Allgemeinen Comment C zu VIII.–2:105, DCFR Full Edition 4539 ff; zum Erfordernis der Besitzerlangung oder eines Übergabeäquivalents im Rahmen der Gutglaubenserwerbsregeln im Allgemeinen Comment B zu VIII.–3:101, DCFR Full Edition 4828 f.

was den praktischen Regelfall darstellen wird. Rechtstechnisch bewerkstelligt wird die Sicherung des Gläubigers in dieser Variante durch eine Zusatzregel in IX.–6:102(2) DCFR, der zufolge bei ordnungsgemäßer Registrierung fingiert wird, dass der Dritterwerber die fehlende Berechtigung des Veräußerers (Sicherungsgebers) zur lastenfreien Verfügung in Bezug auf das registrierte Sicherungsrecht positiv kennt; damit ist die erforderliche Gutgläubigkeit für einen lastenfreien Erwerb jedenfalls ausgeschlossen. Auch der Ansatz dieser Regelung ist aus Perspektive der österreichischen Rechtskultur im Grundsatz gut nachvollziehbar: Mit erfolgter Registrierung wird das Sicherungsrecht in einem allgemein leicht zugänglichen Medium publiziert. Sowohl für den Sicherungsnehmer als auch für Erwerbsinteressenten besteht im jeweils eigenen Interesse ein starker Anreiz, vom bereitgestellten Registersystem Gebrauch zu machen, indem Sicherungsrechte dort eingetragen (und die Vollständigkeit des Registers damit gefördert wird) bzw andererseits Abfragemöglichkeiten genutzt werden.

Von der sehr strikten Regel einer Kenntnisfiktion bei Registrierung des Sicherungsrechts macht IX.–6:102(2) DCFR in zwei Fällen **Ausnahmen.** Der eine ist quasi systemimmanent: Nachdem in einem Personalfoliensystem das Sicherungsrecht stets in der Einlage des Sicherungsgebers aufscheint, kann ein Erwerbsinteressent von dessen Existenz dann aus dem Register Kenntnis nehmen, wenn er vom registrierten Sicherungsgeber selbst erwirbt. Das ist der typische Fall. Eine Registerabfrage beim Veräußerer liefert allerdings dann keinen Hinweis auf die bestehende Belastung, wenn der Veräußerer die Sache selbst schon belastet erworben hat und nicht er, sondern sein Vormann (oder ein noch früherer Eigentümer) als Sicherungsgeber registriert ist. In einem solchen Fall wäre eine Kenntnisfiktion zulasten des nunmehrigen Erwerbers sachlich nicht gerechtfertigt. IX.–6:102(2)(b) DCFR bestimmt daher, dass Kenntnis des Erwerbers nicht fingiert wird, wenn im Register eine **andere Person** als der Veräußerer als Sicherungsgeber aufscheint.[2232] Damit gelten die allgemeinen, grundsätzlich unmodifizierten Gutglaubenserwerbsregeln. Auch insoweit ist die in IX.–6:102(2)(b) DCFR getroffene Grundwertung zu beachten: Ausweislich der Comments werden vom Erwerbsinteressenten Registerabfragen bei Vormännern des Veräußerers generell nicht verlangt.[2233] Man wird das dahingehend verallgemeinern können, dass auch

---

2232 Ein vergleichbarer Ansatz findet sich im französischen Recht nach der Reform von 2006; vgl oben IV.C.2.e.(i.) aE.

2233 Siehe Comment D zu IX.–6:102, DCFR Full Edition 5605. Ebenfalls nicht erwartet wird – auch wenn die Comments dazu nicht unmittelbar Stellung nehmen – eine Registerabfrage nach allfälligen individualisierenden Merkmalen der Sache, wie dies zB bei Kraftfahrzeugen mit der Fahrgestellnummer oder mit Seriennummern möglich wäre. Zwar ermöglicht das DCFR-Registermodell sowohl die Registrierung solcher individualisierender Kriterien wie auch eine Registerabfrage anhand solcher Angaben. Doch kann ein Erwerbsinteressent nicht wissen, ob – was ja nicht den Regelfall darstellt – eine derart spezifizierte Eintragung vorgenommen

sonstige Nachforschungen über Vorlasten im Grundsatz nicht erwartet werden (wenn schon nicht im Register, dann auch nicht auf sonstige, noch beschwerlichere Weise). Erkundigungsobliegenheiten werden den Erwerber somit nur dann treffen, wenn ihm ziemlich konkrete Hinweise auf eine bestehende Belastung und die fehlende Befugnis des Veräußerers zur lastenfreien Verfügung vorliegen. Ein Rechtsverlust ab der zweiten Veräußerung des Sicherungsobjekts bleibt demnach – auch wenn Buch IX durch Anordnung einer Pflicht des ersten Erwerbers (im obigen Kontext: des Veräußerers) zur Vornahme eines speziellen Registereintrags gegen sich selbst noch eigens gegenzusteuern versucht[2234] – ein nicht gänzlich steuerbares Risiko für den Gläubiger, wenn er das Sicherungsgut beim Sicherungsgeber belässt.

Eine zweite Ausnahme von der Kenntnisfiktion bei Registrierung des Sicherungsrechts ordnet IX.–6:102(2)(a) DCFR generell dann an, wenn der Veräußerer die Sache im **ordentlichen Geschäftsbetrieb** seines Unternehmens überträgt *(the transferor acts in the ordinary course of its business).* Dahinter steht die rechtspolitische Entscheidung, Erwerbsinteressenten bei – gemessen am Geschäftsbetrieb des Veräußerers – üblichen Geschäften nicht mit verkehrshemmenden Nachforschungsobliegenheiten zu belasten.[2235] Sie begegnet, wie an anderer Stelle bereits erörtert, in noch verstärkter Form auch in IX.–5:204 DCFR, der beim Erwerb be-

---

wurde und welches Kriterium einer solchen allenfalls zugrunde liegt. Es wäre also eine Mehrzahl von Abfragen anhand verschiedener bzw jeweils leicht variierter Sucheingaben erforderlich, um halbwegs Sicherheit zu gewinnen. Derartiges verlangt der DCFR vom Abfrager nicht. Wollte man insofern in einzelnen Marktsegmenten (zB beim Verkauf von Kraftfahrzeugen) mehr Rechtssicherheit für Inhaber früherer Sicherungsrechte schaffen, müsste man wohl die bei Eintrag und Abfrage zu beachtende Individualisierungsstruktur für bestimmte (wertvolle) Güter genau reglementieren. Zusätzlich wäre das Regime der Ausnahmebestimmungen des IX.–6:102(2) DCFR zu modifizieren.

2234 Siehe IX.–3:331 DCFR: Danach muss derjenige, der Eigentum an einer (auch nach dem Erwerb noch) durch ein Sicherungsrecht iwS belasteten Sache erwirbt, in seiner eigenen Registereinlage den Erwerb der belasteten Sache anzeigen *(declaration of transfer).* Auch der Sicherungsnehmer kann – wenn er von der Übertragung weiß – eine solche Erklärung registrieren. Dadurch werden Dritte über das Fortbestehen des ursprünglichen Sicherungsrechts gewarnt und für den Fall einer Weiterverfügung der gutgläubige lastenfreie Erwerb des nächsten Erwerbers ausgeschlossen. Da diese Anmerkungspflicht nur dann besteht, wenn das Sicherungsrecht weiterbesteht (also insbesondere gerade kein Gutglaubenserwerb stattgefunden hat), gehen die Comments davon aus, dass diese Pflicht den damit belasteten Ersterwerber nicht unvorhergesehen treffen sollte. Die Verletzung der Anzeigepflicht durch den ersten Erwerber ist schadenersatzrechtlich sanktioniert. Die Schadenersatzpflicht kann dieser Erwerber durch Vornahme der Registrierung, im Grunde aber auch durch direkte Information über das bestehende Sicherungsrecht an den zweiten Erwerber abwenden, da ein Schaden des Sicherungsnehmers im Grunde nur durch Gutglaubenserwerb seitens des Zweiterwerbers denkbar ist, der durch einen solchen Hinweis verhindert wird. Die Regelung ist nach den Comments im Übrigen vom österreichischen Entwurf eines MSG inspiriert (vgl § 11, insb Abs 2 und 5 MSG-E und dazu *Schauer,* Register 56 ff). Zum Ganzen siehe Comments zu IX.–3:331, DCFR Full Edition 5543 ff.

2235 Vgl Comment C zu IX.–6:102, DCFR Full Edition 5604 f.

stimmter Waren *(inventory)* von Händlern bzw Produzenten in deren ordentlichem Geschäftsbetrieb grundsätzlich (wenngleich dispositiv) eine Verfügungsbefugnis dieser Veräußerer zum lastenfreien Absatz vorsieht.[2236] Unabhängig davon, ob die Verfügungsbefugnis nach dieser Sonderbestimmung vertraglich etwa ausgeschlossen oder eingeschränkt worden ist, sowie unabhängig davon, ob ein konkretes Geschäft den in sachlicher und persönlicher Hinsicht beschränkten Anwendungsbereich des IX.–5:204 DCFR überschreitet: durch IX.–6:102(2)(a) DCFR werden Erwerber im ordentlichen Geschäftsgang grundsätzlich von der Obliegenheit entbunden, vor Geschäftsabschluss das Register nach allfälligen dinglichen Sicherungsrechten zu untersuchen. Dies entspricht der wohl herrschenden Ansicht im jüngeren Schrifttum zum englischen Recht, die von Erwerbern beweglicher Sachen im ordentlichen Geschäftsbetrieb ebenfalls keine Registerabfrage verlangt, weil es schlicht unpraktisch und unrealistisch wäre, vor jedem Sacherwerb umfangreiche Registerrecherchen durchzuführen. Eine tatsächlich erfolgte Registrierung schadet dem Erwerber in diesen Fällen nicht, da eine Registerabfrage von ihm vernünftigerweise nicht erwartet werden kann.[2237] Dieser Ansatz leuchtet ein. Schlechtgläubigkeit und damit ein Scheitern des lastenfreien Erwerbs kann sich zwar noch immer dann ergeben, wenn der Erwerber aus einer anderen Quelle als dem Register weiß oder erkennen muss, dass der Veräußerer ohne Befugnis zur lastenfreien Verfügung in Bezug auf ein bestehendes Sicherungsrecht handelt.[2238] Doch wird man auch insoweit der im Artikeltext getroffenen Grundsatzentscheidung Leitlinien für die Konkretisierung von Sorgfaltsanforderungen an den Erwerber entnehmen können: Wird schon die bloße, jedermann mögliche und bei bekannter Identität des Veräußerers relativ einfach durchführbare Registerabfrage als für den Verkehr zu hinderlich angesehen, dann wird man davon ausgehen können, dass den Erwerber im Übrigen erst recht keine generelle Nachforschungsobliegenheit treffen wird. Lediglich relativ konkreten Hinweisen wird nachzugehen sein. Dabei ist überdies zu beachten, dass selbst positive Kenntnis vom tatsächlichen Bestehen eines Sicherungsrechts nicht notwendig schadet. Entscheidend ist der gute Glaube in Hinblick auf das Bestehen einer Befugnis zur lastenfreien Veräußerung. Buch IX macht mit IX.–5:204 DCFR selbst deutlich, dass es jedenfalls im Anwendungsbereich dieser Bestimmung vom Bestehen einer solchen ausgeht. An diesem Leitbild kann sich grundsätzlich auch ein Erwerber orientieren.

2236 Näher oben V.C.2.b.(i.) unter 2.

2237 Vgl etwa *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* Law of Security[3] 492 (Rn 12.13); *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] 90 (Rn 2–31), jeweils mwN; ferner *McKendrick* (ed), Goode on Commercial Law[5] 737 f (Rn 24.45). Vgl auch oben IV.E.3.d.

2238 Comment C zu IX.–6:102, DCFR Full Edition 5605. Als Beispiel wird angeführt, dass der Erwerber vom registrierten Sicherungsgeber unmittelbar über das Bestehen des Sicherungsrechts informiert wird.

4. Wie ist nach alldem – aus der Perspektive des geltenden österreichischen Rechts formuliert – das »Auslagern« der Wirksamkeit eines Sicherungsrechts gegen den Sacherwerber vom Setzen eines Publizitätsakts in die grundsätzlich publizitätslose *creation* samt allfälliger Korrektur mittels Gutglaubenserwerbsregeln zu **bewerten**? Der Ansatz mutet möglicherweise radikal an, unter Berücksichtigung der langfristigen Rechtsentwicklung gerade im deutschsprachigen Raum ist er aber im Grunde radikal konsequent: Was den Schutz des Pfandgläubigers gegenüber Erwerbsinteressenten (wie auch gegenüber späteren Pfandrechtserwerbern) betrifft, ist dem Faustpfandprinzip, das die Wirksamkeit des Pfandrechts von der Übertragung der Gewahrsame an den Gläubiger abhängig macht, mit Einführung des gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerbs (bzw des gutgläubigen Erwerbs einer besseren Rangstelle) durch Art 306 ADHGB ein »Ersatzinstitut« erwachsen.[2239] Des Faustpfandprinzips hätte es insoweit nicht mehr bedurft; durch Besitzentzug an der Pfandsache hätte der Gläubiger die Sicherung seines (dann auch publizitätslos begründbaren) Rechts auch auf Grundlage eines bloßen Gutglaubenserwerbsregimes bewerkstelligen können. Dieser »Funktionsverlust« des Faustpfandprinzips oder zumindest eine Funktionsdeckung des Faustpfandprinzips mit den Regeln über den gutgläubigen Erwerb sind immer wieder aufgezeigt worden.[2240] Das DCFR-Modell würde nun für sich in Anspruch nehmen können, aus dieser im Grunde bekannten Beobachtung Konsequenzen zu ziehen.

Konstruktionsfragen sollen nun freilich nicht primäres Bewertungskriterium sein. Wesentlich ist, ob die erzielten Lösungen überzeugen. Nach Ansicht des Verfassers kann dies im Großen und Ganzen bejaht werden, jedenfalls wenn als Bezugspunkt für den Vergleich das geltende österreichische Recht fungiert. Ein naheliegender, im Folgenden näher zu prüfender Einwand wird dabei dahin gehen, die prominente Positionierung von Gutglaubenserwerbsregeln würde das System unsicher, streitanfällig und damit unter Kosteneffizienzgesichtspunkten unattraktiv machen.[2241] Im Ergebnis entfaltet dieser Einwand allerdings nach der

---

2239 Vgl oben II.B.1.b.(ii.) unter 1. Das ABGB von 1811 sieht Gutglaubenserwerbsvorschriften mit § 367 (Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten) und § 456 (Erwerb eines Pfandrechts vom Nichtberechtigten) zwar schon deutlich früher vor, regelt jedoch gerade die beiden hier maßgeblichen Gesichtspunkte (lastenfreier Eigentumserwerb vom Eigentümer, Erwerb eines Pfandrechts mit besserer Rangstelle vom Eigentümer) nicht.

2240 Siehe *Hromadka,* Faustpfandprinzip 124, 130, 184 f; *Hromadka,* ZSR 111 (1970) 117 (140 f); *Hedinger,* Publizitätsdenken 67 f; *Migsch* in FS Welser 711 (727 f); in der Sache auch schon *Leonhard,* Gruchot 25 (1881) 177 (210 f). Vgl ferner die Deutung des ABGB-Pfandrechts bei *Wellspacher,* Vertrauen auf äußere Tatbestände 141 ff (zusammengefasst oben III.A.1.b.), mit erkennbarer Sympathie diskutiert bei *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 24 ff (dort 101 f auch kurz zur Funktionsdeckung von Faustpfandprinzip und Gutglaubenserwerb). Von *Wellspachers* Ansatz unterscheidet sich das DCFR-Modell (neben der Implementierung eines modernen Registersystems, das Anfang des 20. Jahrhunderts noch nicht zur Verfügung stehen konnte) vor allem dadurch, dass es auch der ungesicherten Gläubiger des Sicherungsgebers gedenkt.

2241 Diesen Einwand erhebt *Hamwijk,* Publicity 356 ff, allerdings nicht zum hier erörterten Konflikt

konkreten Ausgestaltung der oben diskutierten Regelungen kein besonderes Gewicht; zum Teil ist ihm überhaupt der Boden entzogen: Denn durch Besitznahme seitens des Gläubigers wird ein Gutglaubenserwerb des Drittinteressierten absolut ausgeschlossen. Hier deckt sich das Ergebnis wie erwähnt mit dem geltenden Recht; ein Mehr an Unsicherheit und Streitpotenzial ergibt sich nicht. Entsprechendes gilt im Fall der Registrierung zumindest in jenen Bereichen, in denen die Ausnahmebestimmungen in IX.–6:102(2)(a) und (b) DCFR (Erwerb im ordentlichen Geschäftsbetrieb, Registrierung eines Dritten als Sicherungsgeber) nicht einschlägig sind; zB beim Erwerb von Gegenständen, die zum Anlagevermögen des Veräußerers zählen. Auch hier schaltet der Registereintrag den guten Glauben des Erwerbers und damit jede Unsicherheit in der Beurteilung desselben generell aus. Ein Erwerb ist in diesem Bereich nur nach Maßgabe der tatsächlichen Berechtigung des Veräußerers möglich. Drittens spielt das Gutglaubenskriterium umgekehrt dort von vornherein keinerlei Rolle, wo Waren, Erzeugnisse usw *(inventory)* von einem Händler oder Produzenten im ordentlichen Geschäftsbetrieb aufgrund der in IX.–5:204 DCFR vorgesehenen gesetzlichen Verfügungsbefugnis lastenfrei veräußert werden. Hier erwirbt der Abnehmer wirksam, und zwar derivativ. Gerade diesem letzten Fall kommt große praktische Bedeutung zu.

Die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs reduziert sich damit von vornherein auf zwei Fallgruppen: nämlich einmal auf jene, in der Besitzaufnahme und Registrierung von vornherein unterlassen werden; und zweitens auf Fälle, in denen eine Registrierung zwar vorliegt, die jedoch einer der Ausnahmen in IX.–6:102(2)(a) und (b) DCFR (und zugleich nicht IX.–5:204 DCFR) unterfallen. Was die erste Gruppe betrifft, also Fälle, in denen der Sicherungsgeber **auf Besitznahme und Registrierung verzichtet** hat, sind wiederum zwei Kategorien von Sachverhalten zu unterscheiden: Bei der ersten geht es um Konstellationen, die der Einräumung eines Pfandrechts oder Sicherungseigentums nach geltendem Recht entsprechen *(creation by granting);* der Sicherungsgeber räumt dem Sicherungsnehmer ein *security right* an seinen Sachen ein, Besitznahme und Registrierung unterbleiben und der Sicherungsgeber verkauft die Sache im Anschluss an einen Drittinteressenten. Dieses Segment dürfte unter dem DCFR-Modell ein schmales bleiben. Es handelt sich um Situationen, in denen der DCFR eine Registrierung grundsätzlich anstrebt und in denen ein Unterlassen derselben daher tendenziell zum Nachteil des Sicherungsnehmers ausschlagen wird dürfen. Hier wird gegen einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers nichts sprechen; ein Versagen des Schutzes gegenüber einem schlechtgläubigen wird dann in Kauf genommen werden können, wenn die Anforderungen an die Gutgläubigkeit nicht allzu streng ausfallen. Angesichts des Gesamtzwecks des DCFR-Systems, Anreize

---

zwischen Sicherungsnehmer und nachfolgendem Erwerber, sondern bezogen auf den Konflikt zwischen verschiedenen Sicherungsnehmern (dazu unten V.D.1.a.(i.)(β)).

zu einer möglichst vollständigen Registrierung von Sicherungsrechten zu setzen, und den oben bereits allgemein angestellten Überlegungen zur geringen Ausprägung von Nachforschungsobliegenheiten abseits der Registerrecherche wird man davon ausgehen können, dass der Erwerber Gutglaubensschutz im Zweifel relativ weitgehend genießen wird. Damit dürfte sich das Streitpotenzial innerhalb dieser ersten Kategorie zwar nicht völlig ausschalten, insgesamt aber doch eher gering halten lassen. Die zweite Kategorie von Fällen eines Unterbleibens von Besitznahme und Registrierung betrifft Parallelfälle zum Eigentumsvorbehalt nach geltendem Recht: Der Sicherungsnehmer veräußert die Sache und behält ein *security right* oder einen *retention of ownership device* an dieser *(creation by retention).*[2242] Das sind Situationen, die der DCFR in gewissem Maße selbst einkalkuliert, als er für *acquisition finance devices* in den ersten 35 Tagen ab Lieferung sowie bei Einräumung durch einen Verbraucher vom Erfordernis einer Registrierung absieht.[2243] Es handelt sich hier überdies nicht um Randerscheinungen, sondern um standardmäßig eintretende Situationen. Allfällige Unsicherheiten aufgrund der Anwendbarkeit von Gutglaubenserwerbsregeln entfallen allerdings auch hier in jenem – präsumptiv sehr weiten – Bereich, als IX.–5:204 DCFR den derivativen lastenfreien Erwerb aufgrund gesetzlicher Verfügungsbefugnis eröffnet. Insofern wird man das Unsicherheitspotenzial sogar als deutlich geringer als nach geltendem österreichischem Recht einstufen können. Im Übrigen, soweit also eine Registrierung nicht vorliegt und IX.–5:204 DCFR nicht greift, ergibt sich gegenüber dem geltenden österreichischen Recht zumindest keine strukturelle Ausweitung des Unsicherheitspotenzials, weil beide Regelungsmodelle in grundsätzlich gleicher Weise mit einem Gutglaubenserwerbsinstrumentarium operieren. Zusammengefasst wäre also ein Mehr an Unsicherheit, Streitpotenzial und Effizienzverlust bei Unterbleiben von Besitznahme und Registrierung gegenüber dem geltenden Recht nicht zu besorgen.

Die zweite Fallgruppe, innerhalb derer Gutglaubenserwerbsregeln eine praktische Rolle spielen können, umfasst wie erwähnt Situationen, in denen zwar eine Registrierung vorgenommen wurde, zugleich aber eine der beiden **Ausnahmebestimmungen in IX.–6:102(2)(a) und (b) DCFR** greift. Hier kann sich Schlechtgläubigkeit zwar nicht aus dem vorhandenen Registereintrag, grundsätzlich aber aus anderen Umständen ergeben. Rechtsunsicherheit und Streitpotenzial dürften allerdings auch hier als nicht übermäßig eingeschätzt werden, da dem Regelungssystem insgesamt eine deutlich erwerberbegünstigende und damit »verkehrsschützende« Tendenz innewohnen dürfte: Zur ersten Ausnahme, dem Erwerb im

2242 Hinzu kommen noch Fälle, in denen die Anschaffungsfinanzierung eines Dritten gesichert wird.

2243 Siehe IX.–3:107 DCFR zur *effectiveness* in diesen Fällen. Die zur *effectiveness* ausgedrückte Wertung wird man auch hier beachten können und müssen.

ordentlichen Geschäftsbetrieb des Veräußerers (IX.–6:102(2)(a) DCFR), ist nochmals auf die nach IX.–5:204 DCFR bestehende gesetzliche Verfügungsbefugnis zurückzukommen: Diese schaltet nicht nur, soweit die Bestimmung zur Anwendung kommt, jegliches Gutglaubenserfordernis aus; sie fungiert aus Erwerbersicht nach dem DCFR auch insoweit als Leitbild, als der Abnehmer mangels gegenteiliger Anhaltspunkte vom Bestehen einer solchen Verfügungsbefugnis wird ausgehen dürfen und daher jedenfalls im (weiten) Anwendungsbereich dieser Norm im Regelfall Gutgläubigkeit anzunehmen sein wird. Hinzu kommt, dass an die Redlichkeit des Erwerbers nach dem oben Ausgeführten keine besonders strengen Maßstäbe anzulegen sein werden. Auch im Fall der zweiten Ausnahmebestimmung, dass im Register eine andere Person als der Veräußerer (typischerweise einer seiner Vormänner) als Sicherungsgeber eingetragen ist (IX.–6:102(2)(b) DCFR), werden wie erwähnt keine strengen Maßstäbe gelten, insbesondere Nachforschungen grundsätzlich nicht zu erwarten sein. Was allfällige Sicherungsrechte in der Absatzkette vorgeschalteter Händler oder Erzeuger betrifft, wird mittelbar im Übrigen wieder die Wertung des IX.–5:204 DCFR zu beachten sein,[2244] was dem Erwerber zusätzlich zugutekommt.

In Summe wird also der Sacherwerber, auch wenn es auf seine Gutgläubigkeit ankommt, sehr weitgehenden Schutz erfahren. Dem Sicherungsgeber, für den in den erörterten Bereichen der Verlust seiner Sicherheit durch Gutglaubenserwerb ein reales Risiko darstellt (oder der in Hinblick darauf und die bestmögliche Förderung der Absatzchancen seines Schuldners überhaupt gleich eine Befugnis zur lastenfreien Verfügung einräumt), eröffnet Buch IX umgekehrt recht einfache und effektive Möglichkeiten zur Schaffung von Ersatzsicherheiten, insbesondere die Erstreckung der ursprünglichen Sicherheit in Veräußerungserlöse.[2245] Grundlegende Bedenken gegen dieses Lösungsmodell bestehen nach Ansicht des Verfassers nicht.

(β) Konflikt mit potentiellen Erwerbern weiterer Sicherungsrechte

Weitgehend parallel gestaltet sich die Analyse des Konflikts zwischen gesichertem Gläubiger und potentiellen künftigen Erwerbern weiterer Sicherungsrechte an

2244 Unter IX.–6:102(2)(b) DCFR fallen typischerweise Güter, die einen mehrstufigen Absatzweg durchlaufen. Dabei handelt es sich im Regelfall um solche, die auf früheren Absatzstufen unter IX.–5:204 DCFR fallen (Handelswaren, Herstellungsprodukte). Der nunmehrige Abnehmer, dessen Gutgläubigkeit zu beurteilen ist, wird also nach dem DCFR-immanenten Leitbild typischerweise davon ausgehen dürfen, dass allfällige Vormänner in der Absatzkette, die sich für ihre Kaufpreisforderungen ein Sicherheitsrecht an den Kaufgegenständen einräumen haben lassen, ihrerseits ihrem jeweiligen Abnehmer eine IX.–5:204 DCFR entsprechende Verfügungsbefugnis eingeräumt haben (bzw eine solche kraft Gesetzes bestanden hat). Im Ergebnis darf also tendenziell auf lastenfreie Erwerbsvorgänge auch auf früheren Stufen der Absatzkette vertraut werden.

2245 Einführend oben V.A.2.e.(ii.) unter 3.

der bereits belasteten Sache. Die Erörterung vereinfacht sich allerdings insofern erheblich, als weniger Sonderbestimmungen zu berücksichtigen sind.

1. Auch gegenüber einem späteren Erwerber eines Sicherungsrechts wirkt das erste Sicherungsrecht bereits **ab *creation,*** der wie erwähnt keinerlei Kundgabefunktion zukommt. Ähnlich wie für den Eigentumserwerber erfolgt auch hier der Schutz nachfolgender Sicherungsinteressenten über **Gutglaubenserwerbsregelungen.** Einschlägig ist – abhängig vom Typus des früher bestehenden Sicherungsrechts – eine der beiden folgenden Vorschriften: IX.–2:108 DCFR eröffnet den gutgläubigen Erwerb eines Sicherungsrechts vom Nichtberechtigten, also dann, wenn der Sicherungsgeber weder Eigentümer der Sache noch über diese verfügungsbefugt ist. Im vorliegenden Zusammenhang des Konflikts mehrerer sukzessiver Sicherungsrechte deckt diese Regelung jene Fälle ab, in denen es sich beim zeitlich zuerst begründeten Sicherungsrecht um einen *retention of ownership device* handelt.[2246] Handelt es sich beim zuerst begründeten Sicherungsrecht hingegen um ein *security right* im technischen Sinne, also um ein beschränktes dingliches Recht, gilt IX.–2:109 DCFR. Diese Bestimmung eröffnet den gutgläubigen Erwerb eines besseren Rangs im Verhältnis zum zuvor bestehenden beschränkten dinglichen Recht. Allgemein gesprochen wird der nachfolgende Sicherungsnehmer aufgrund seines guten Glaubens hiernach so behandelt, als existiere das konkrete zeitlich vorangehende dingliche Recht an der Sache nicht.[2247] Tritt ein Gutglaubenserwerb nach diesen Bestimmungen ein, folgt daraus ohne weitere Voraussetzungen die *effectiveness* des gutgläubig erworbenen Sicherungsrechts gegenüber dem älteren Eigentumsrecht oder älteren Sicherungsrecht des früheren Sicherungsnehmers[2248] und der Erwerb eines besseren Rangs gegenüber diesem.[2249]

2. Ähnlich wie nach IX.–6:102 DCFR kann der Sicherungsgeber den Gutglaubenserwerb des späteren Sicherungsnehmers auch nach diesen beiden Bestimmungen dadurch verhindern, dass er das Sicherungsgut in **Besitz** nimmt oder eine

2246 Vgl Comment B zu IX.–2:108, DCFR Full Edition 5425.

2247 Vgl Comments A und D zu IX.–2:109, DCFR Full Edition 5433 und 5438 f.

2248 IX.–3:101(3) DCFR. Die Regelung ist nach dem Selbstverständnis des *effectiveness*-Konzepts notwendig, weil der frühere Eigentümer (bzw *retention of ownership device*-Berechtigte) im Fall des IX.–2:108 DCFR und der frühere gesicherte Gläubiger im Fall des Erwerbs nach IX.–2:109 DCFR *»holders of proprietary rights«* iSd IX.–3:101(1)(a) DCFR sind, denen gegenüber Wirksamkeit nur nach den Voraussetzungen des Kapitels 3 eintritt. Die Anforderungen des Kapitels 3 beschränken sich im konkreten Fall der Wirkung allein gegenüber dem früheren »Gutglaubenserwerbsgegner« allerdings auf null (IX.–3:101(3) DCFR: *»... is effective ... even if the requirements of this Chapter are not met«).* Gegenüber konkurrierenden Rechten anderer dritter Personen tritt hierdurch keine Wirkung ein, es bedarf der Verwirklichung der regulären *effectiveness*-Voraussetzungen (IX.–3:101(3) Satz 2 DCFR). Diese Regelungstechnik ist ohne Zweifel kompliziert. Die Kompliziertheit ist allerdings im Ergebnis unschädlich.

2249 IX.–4:101(5) DCFR. Erläuternd Comment K zu IX.–4:101, DCFR Full Edition 5552 f.

Registrierung des Sicherungsrechts vornimmt. Die erste Möglichkeit ergibt sich aus IX.–2:108(1)(a) DCFR, der als Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb des Sicherungsrechts ausdrücklich verlangt, dass der Sicherungsgeber die fragliche Sache im Zeitpunkt der vermeintlichen *creation* seinerseits in seinem Besitz haben müsste.[2250] IX.–2:109(1)(a) DCFR bezieht diese Voraussetzung durch Verweis auf die vorgenannte Bestimmung in seinen Tatbestand mit ein. Die Regelung zur Registrierung ist grundsätzlich parallel konstruiert wie in IX.–6:102(2) DCFR: Wurde das frühere Sicherungsrecht *(security right* oder *retention of ownership device)* ordnungsgemäß registriert, wird positive Kenntnis des späteren Sicherungsinteressenten von der fehlenden Berechtigung des Sicherungsgebers fingiert. Ein gutgläubiger Erwerb des Späteren ist damit ausgeschlossen. Somit ist jeder Sicherungsinteressent gehalten, eine Registerrecherche betreffend den prospektiven Sicherungsgeber durchzuführen. Angesichts des einfachen und jedermann offenen Zugangs zum Register ist dies ebenso zumutbar wie – in Hinblick auf den Stellenwert des Geschäfts – allenfalls ein weiteres Nachfragen bei dem im aufgefundenen Registereintrag genannten Gläubiger.[2251]

Der wesentliche Unterschied zum oben behandelten Fall der Wirkung gegenüber einem Erwerbsinteressenten besteht in der geringeren Anzahl an Ausnahmen von der Kenntnisfiktion infolge Registrierung. IX.–2:108(2) und IX.–2:109(2) DCFR enthalten übereinstimmend nur eine solche **Ausnahme:** Die Registrierung eines Sicherungsrechts bewirkt nur dann keine fingierte Kenntnis des späteren Sicherungserwerbers von der fehlenden Berechtigung seines Vormanns zur lastenfreien Verfügung, wenn der Registereintrag eine **andere Person** als den nunmehrigen Besteller als Sicherungsgeber ausweist.[2252] In diesem Fall wirft eine – sorgfältigerweise durchgeführte – Registerabfrage beim nunmehrigen Sicherheitenbesteller keinen Hinweis auf die bestehende Vorlast aus. Dies entspricht in der Sache der im voranstehenden Kapitel erörterten Bestimmung in IX.–6:102(2)(b) DCFR. Eine Registerrecherche auch gegenüber weiteren Personen wird vom Sicherungsinteressenten nicht verlangt.[2253] Im Fall des Registereintrags gegen einen Dritten ist

2250 Nicht näher eingegangen wird hier auf die in IX.–2:108(1)(a) DCFR genannte alternative Voraussetzung, dass der Sicherungsgeber in einem nationalen oder internationalen Eigentums-Register (zB im Schiffsregister) als Eigentümer des Sicherungsobjekts eingetragen ist. Hierzu Comment C zu IX.–2:108, DCFR Full Edition 5429.

2251 Vgl Comment B zu IX.–2:109, DCFR Full Edition 5436 f.

2252 Vgl die Wendung *»is registered under Chapter 3 Section 3 against the security provider«* in IX.–2:108(2) und IX.–2:109(2) DCFR.

2253 Comment B zu IX.–2:109, DCFR Full Edition 5437. Entsprechend dem oben in FN 2233 Ausgeführten wird auch keine Recherche nach allfälligen individualisierenden Merkmalen der Sache (zB anhand einer Seriennummer) vorausgesetzt. Der Wortlaut der Regelung ist insoweit eindeutig und deckt beide möglichen Suchstrategien (bei weiteren Personen, die allenfalls als Rechtsvorgänger in Betracht kommen, und nach möglichen Spezifikationsmerkmalen der Sache) ab.

damit die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs seitens des Sicherungsinteressenten eröffnet. Eine weitere Ausnahme für den Fall, dass der Sicherungsgeber im ordentlichen Geschäftsbetrieb handelt (wie in IX.–6:102(2)(a) DCFR beim Sacherwerb), ist nicht vorgesehen. Die Comments stellen klar, dass die Bestellung von Sicherungsrechten generell nicht als Gegenstand des ordentlichen Geschäftsbetriebs iSd Buchs IX angesehen wird.[2254] Entsprechend vorsichtig wird man sein müssen, zur Bestimmung der Redlichkeit beim Sacherwerb entwickelte Argumente in Hinblick auf Zumutbarkeit und Verkehrsschutz nicht vorschnell eins zu eins zu übernehmen.

Der zweite Bereich, in dem ein gutgläubiger Erwerb von Sicherungsrechten nach IX.–2:108 und IX.–2:109 DCFR möglich ist, betrifft jene Situationen, in denen der Sicherungsnehmer die **Besitznahme bzw** eine **Registrierung unterlassen** hat. Wie oben zum Sacherwerb ausgeführt, kann dies sowohl Fallkonstellationen betreffen, in denen das DCFR-System die Vornahme eines Registereintrags vom ersten Sicherungsnehmer eigentlich erwarten würde (bei *creation* des ersten Sicherungsrechts durch *granting).* Insoweit wird auch hier wenig dagegen sprechen, den ersten Sicherungsnehmer tendenziell streng zu behandeln.[2255] Die zweite Fallgruppe betrifft *acquisition finance devices,* für die Buch IX während der ersten 35 Tage ab Lieferung sowie bei Begründung gegenüber Verbrauchern selbst von der Vornahme eines Registereintrags absieht. In diesem Segment kann man davon ausgehen, dass dem Gutglaubenskriterium eine vergleichsweise stärkere Bedeutung zukommen wird als in der parallelen Situation gegenüber einem potentiellen Sacherwerber. Nicht nur kommt dem Sicherungsinteressenten die gegenüber Sacherwerbern in weitem Umfang anwendbare Bestimmung des IX.–5:204 DCFR (gesetzliche Verfügungsbefugnis zur lastenfreien Veräußerung) nicht zugute,[2256] es trägt auch die allgemeine Überlegung, dass an den Erwerber eines Sicherungsrechts tendenziell eher strengere Maßstäbe angelegt werden können als an den prospektiven Erwerber von Eigentum. Letzterer kann eher auf das Bestehen einer Ermächtigung zur lastenfreien Veräußerung vertrauen, weil dadurch geschaffene Liquidität zur Schuldtilgung verwendet werden kann bzw sich für den ursprünglichen Sicherungsgeber die Erstreckung seines Sicherungsrechts auf Veräußerungserlöse und damit eine adäquate Ersatzsicherheit anbietet. Ein nachfolgender Sicherungsnehmer wird hingegen nicht davon ausgehen

2254 Comment B zu IX.–2:109, DCFR Full Edition 5438.

2255 Vgl oben V.D.1.a.(i.)(α) unter 4.

2256 Diese beruht ja sehr wesentlich auf dem Gedanken, dass ein lastenfreier Verkauf von Handelswaren etc auch im Interesse des ursprünglichen Sicherungsnehmers liegt, weil seinem Schuldner hierdurch Liquidität zufließt und die Schuldtilgung gefördert wird; vgl Comment A zu IX.–5:204, DCFR Full Edition 5581. Diese Überlegung kann auf die Begründung eines (letztlich vorrangigen) Sicherungsrechts an der Sache nicht übertragen werden. Vgl auch sogleich im Text.

können, ein bereits vorhandener vorrangiger Gläubiger werde freiwillig zu einem Abrutschen in einen schlechteren Rang bereit sein. Zudem fehlt dem Erwerb von Sicherungsrechten weitgehend der für den Eigentumserwerb verbreitete Alltagscharakter, der nähere Prüfungen vor Geschäftsabschluss unzumutbar erscheinen lässt. Soweit es hier also auf Gutgläubigkeit des Erwerbers ankommt, kann es im Einzelfall stark darauf ankommen, ob im entsprechenden Marktsegment Veräußerungen unter Eigentumsvorbehalt (oder anderen *acquisition finance devices)* üblich sind und ob sich die konkreten Gegenstände erkennbar erst relativ kurze Zeit oder schon länger (als 35 Tage) beim nunmehrigen Sicherungsgeber befinden. Zu beachten ist für diese Fallgruppe allerdings auch, dass der Sicherungsnehmer seinem *acquisition finance device* mit einem einzigen, weit gefassten Registereintrag für sämtliche Warenlieferungen innerhalb der nächsten fünf Jahre Wirkung gegenüber späteren Sicherungsinteressenten verleihen kann. (Auch) dadurch wird die Kenntnisfiktion in Bezug auf den Späteren ausgelöst und ein allfälliger Gutglaubenserwerb ausgeschlossen.

3. Auch dieses Modell der Lösung des Konflikts zwischen früherem und späterem Sicherungsrecht durch grundsätzliches Abstellen auf die *creation* mit nachfolgendem Korrektiv durch Gutglaubenserwerb muss sich einer **Bewertung** stellen.[2257] Als potentieller Kritikpunkt ist bisher vor allem die mit Gutglaubenserwerbsregeln verbundene Gefahr von Unsicherheit, erhöhter Streitanfälligkeit und damit verbundenen Effizienzverlusten gegenüber einem System, das allein und strikt auf das frühere Vorliegen einer Registrierung abstellt *(first-to-file rule* bzw *»pure race« statute),*[2258] angeführt worden.[2259] Hier treffen rein ökonomisch orientierte (auf eine Reduktion der Gesamtkosten abzielende) Gesichtspunkte auf der einen Seite auf das Streben nach Ausgewogenheit zwischen den am konkreten Konflikt beteiligten Parteien und auf ein Streben nach dogmatischer Konsistenz auf der anderen. Der DCFR räumt den beiden letztgenannten Aspekten den Vorrang ein. Nach Einschätzung des Autors trifft er damit eine Entscheidung, die ihn als Perspektive für eine Weiterentwicklung des österreichischen Rechts attraktiv erscheinen lässt.[2260]

2257 Zu dem oben V.D.1.a.(i.)(α) unter 4. zuerst angesprochenen Gesichtspunkt, dass bereits mit der Einführung von Art 306 ADHGB der Funktion des Faustpfands als Schutzinstrument gegen nachfolgende Pfandrechtserwerber ein »Ersatzinstitut« erwachsen ist und die Entwicklung des DCFR gegenüber dem geltenden österreichischen Recht somit langfristig als durchaus konsequent angesehen werden kann, darf auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

2258 Einen solchen Ansatz verfolgt Article 9 UCC. Siehe insbesondere § 9-322(a) UCC und dazu *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV[5] 279 ff; *Hamwijk,* Publicity 264 f, 357 f.

2259 So vor allem *Hamwijk,* Publicity 356 ff.

2260 Auch *Hamwijk,* Publicity 357 hält im Übrigen fest, dass der DCFR-Ansatz gegenüber dem UCC in puncto Fairness und dogmatischer Konsistenz deutlich vorzugswürdig sei, gewichtet aber den Effizienzgesichtspunkt stärker.

Zu beachten ist zunächst, dass sich die beiden Lösungsansätze – also das *pure-race*-System des UCC, nach dem stets derjenige gewinnt, der als erster registriert, und das DCFR-System auf der anderen Seite, das grundsätzlich an Gutglaubenserwerbsregeln anknüpft[2261] – in einem ganz wesentlichen, ja dem wohl wichtigsten Punkt im vorliegenden Zusammenhang, ohnehin decken: Hat der erste Sicherungsnehmer das Sicherungsgut in Besitz genommen oder sein Sicherungsrecht registriert, setzt er sich gegen einen späteren jedenfalls durch. Das Gutglaubenserwerbssystem des DCFR ist hier genauso strikt (und effizient) wie der alternative Ansatz, indem schlicht Kenntnis von der fehlenden Berechtigung zur lastenfreien Verfügung fingiert wird. Im umgekehrten Fall, dass der erste Sicherungsnehmer nicht registriert (oder Besitz ergreift), der zweite hingegen schon, liegt ein Effizienzunterschied dann nicht vor, wenn der zweite vom Recht des ersten und der fehlenden Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers positiv Kenntnis hat. Sein Kenntnisstand ist in diesem Fall sogar umfassender als er durch einen Registereintrag sein könnte, der sich im *notice-filing*-System ja stets nur auf die mögliche Existenz eines Sicherungsrechts bezieht, keinesfalls aber auch auf die Frage einer Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers. Insoweit kann dem Bestehen eines Registereintrags wertungsmäßig eher jener Fall gleichgehalten werden, dass dem späteren Sicherungsinteressenten aus sonstigen Umständen (als dem nicht gegebenen Registereintrag) eine konkrete Warnung über das mögliche Bestehen eines Sicherungsrechts vorliegt und er sich über dessen tatsächliche Existenz sowie die Frage einer allfälligen Befugnis des Sicherungsgebers zur lastenfreien Verfügung erst erkundigen muss. Dies spricht auf einer Wertungsebene stark für die DCFR-Lösung. Dass der spätere Interessent zur Klärung seiner Erwerbsmöglichkeit einen Aufwand betreiben muss, kann mE in Kauf genommen werden, auch wenn man insoweit Effizienzeinbußen beklagen mag. Die alternative Lösungsmöglichkeit, dem zweiten Gläubiger jegliche Rücksichtnahme zu ersparen und ihn trotz erheblicher Zweifel oder sogar positiver Kenntnis von Vorlast und fehlender Verfügungsbefugnis immer dann gewinnen zu lassen, wenn er als erster die Registrierung vornimmt, überzeugt unter Interessengesichtspunkten nämlich noch weniger.[2262] Dies nicht nur in Hinblick auf eine Interessenabwägung zwischen den beiden beteiligten Gläubigern, sondern auch in Hinblick auf das dogmatische Selbstverständnis des Registermodells: Denn es fragt sich ganz grundsätzlich, warum in einem Registersystem, das den Zweck hat, Sicherungsrechte späteren Konkurrenten bekannt zu machen, die (frühere)

2261 Im Schrifttum wird hier von einem »*pure notice*«-System gesprochen; vgl *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV[5] 281; *Hamwijk,* Publicity 356.

2262 Auf einer anderen Ebene zu entscheiden ist die Frage, ob man primär aus Gründen der Vereinfachung und Einheitlichkeit allein auf die Vornahme einer Registrierung (bzw Sachübergabe) abstellen möchte. Zur Diskussion eines solchen Alternativmodells unten V.D.1.c.

Registrierung durch den *späteren* Sicherungsnehmer entscheidendes Gewicht entfalten sollte.[2263]

Eine einigermaßen befriedigende Antwort auf diese Frage könnte allenfalls darin gesehen werden, dass Sicherungsnehmer unter allen Umständen zur Vornahme eines Registereintrags (oder Besitznahme) gedrängt werden sollen. In Hinblick auf eine sicherlich erstrebenswerte größtmögliche Vollständigkeit des Registers wäre gegen ein solches Ziel prima facie kaum etwas einzuwenden. Doch erklärt Buch IX das zeitweise oder dauernde Unterlassen eines Registereintrags in bestimmten – praktisch häufigen und im vorliegenden Zusammenhang besonders relevanten[2264] – Fällen gerade selbst als legitim: Von der Registrierung von *acquisition finance devices* kann und darf in den ersten 35 Tagen ab ihrer Begründung sowie bei Begründung durch Verbraucher generell abgesehen werden (IX.–3:107 DCFR). Diese im Sinne rechtspolitischer Machbarkeit getroffene Kompromissentscheidung (zur Frage der *effectiveness* iSd Kapitels 3) steht mit einer allgemeinen Zielsetzung größtmöglicher Registervollständigkeit in einem Spannungsverhältnis. Angesichts des Ausnahmecharakters dieser Sonderregel wird man dem allerdings kein besonderes Gewicht beimessen können.

Letztlich kann festgehalten werden, was sich in der voranstehenden Erörterung bereits abgezeichnet hat: Insgesamt scheint mir der vom DCFR auch für die Frage des Verhältnisses zwischen verschiedenen Sicherungsnehmern bei fehlender Registrierung (bzw Besitznahme) des ersten Sicherungsrechts gewählte Gutglaubenserwerbsansatz gerade unter Wertungsgesichtspunkten gut vertretbar.

(γ) Konflikt mit ungesicherten Gläubigern

1. Für den Konflikt des Sicherungsnehmers mit – früheren oder späteren – ungesicherten Gläubigern des Sicherungsgebers kommt dem Konzept der ***effectiveness*** im Sinne von Kapitel 3 zentrale Bedeutung zu. Die Mittel zur Erzielung von *effectiveness* entsprechen jenen, mittels derer sich der gesicherte Gläubiger nach den vorangehenden Kapiteln auch gegenüber nachfolgenden Sacherwerbern und Sicherungsinteressenten effektiv absichern kann: **Besitzausübung** über das Sicherungsobjekt oder **Registrierung** (IX.–3:102(1) und (2)(a) DCFR). Die beiden Konzepte werden in Kapitel 3 einer zum Teil detaillierten näheren Ausgestaltung unterzogen, auf die an dieser Stelle nicht im Einzelnen eingegangen werden muss. Festzuhalten ist aber jedenfalls, dass die Ausübung von Besitz nicht durch den Sicherungsgeber selbst erfolgen kann (IX.–3:201(a) DCFR). Besitzübertragung

2263 Insoweit übereinstimmend *Hamwijk,* Publicity 357. Vgl auch Comment C zu IX.–2:108, DCFR Full Edition 5431, wo mit Recht festgehalten wird, die Registrierung des eigenen Rechts durch den späteren Sicherungsnehmer könne diesem keine Vertrauensgrundlage in Bezug auf die Befugnis des Sicherungsgebers zur lastenfreien Verfügung schaffen.

2264 Vgl oben Abschnitt 2.

durch Besitzkonstitut genügt also auch nach dem DCFR-Konzept der *effectiveness* nicht.

Auf dieser Grundlage bewirkt das DCFR-Modell in Bezug auf Fahrnisvermögen, was die Wirkung eines Sicherungsrechts gegenüber ungesicherten Gläubigern angeht, ziemlich weitgehende, wenngleich nicht ganz vollständige negative Publizität: Was dem Schuldner nicht physisch entzogen und auch nicht von einem Registereintrag erfasst ist, steht anderen Gläubigern zum jeweiligen Zeitpunkt unbelastet zur Verfügung. Einschränkungen ergeben sich aus den schon mehrfach erwähnten Ausnahmen in Bezug auf *acquisition finance devices:* Innerhalb einer 35-tägigen *grace period* ab Begründung (Lieferung) bzw generell bei Bestellung einer solchen Sicherheit durch Verbraucher besteht *effectiveness* auch ohne Registrierung; im ersten Fall allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Registrierung innerhalb der 35 Tage nachgeholt wird (IX.–3:107(2) und (4) DCFR).[2265] Insoweit bestehen also Publizitätslücken. Im Fall der Verbrauchersicherheit wird jedoch auch für nachfolgende ungesicherte Gläubiger recht weitgehend zumindest so viel erschließbar sein, dass der Schuldner das Anschaffungsgeschäft selbst als Verbraucher eingegangen sein wird. Daraus kann gefolgert werden, dass auch ein allfälliges Sicherungsrecht, sollte der Erwerber (was mangels Registrierung nicht erkennbar ist) eines begründet haben, eine Verbraucher-Anschaffungsfinanzierungssicherheit im Sinne von IX.–3:107(4) DCFR sein wird. Man ist damit immerhin vor der Möglichkeit gewarnt, dass allenfalls »unsichtbare« *acquisition finance devices* bestehen könnten. Soweit wird das DCFR-Modell in Bezug auf die Wirkung eines Sicherungsrechts gegenüber ungesicherten Gläubigern aus Sicht des geltenden österreichischen Rechts kaum mit publizitätsbezogenen Vorbehalten zu rechnen haben. Die erwähnten Einschränkungen im Bereich der Anschaffungsfinanzierungssicherheiten spiegeln lediglich einen kleinen Ausschnitt dessen wider, was unter geltendem Recht von ebenfalls gänzlich publizitätslosen Eigentumsvorbehalten und Finanzierungsleasingkonstruktionen abgedeckt wird.

2. Zumindest regelungstechnisch ungewohnt ist allerdings die Form, in der Buch IX die Ordnungsfrage »Wirkung gegenüber ungesicherten Gläubigern« implementiert. Anders als man vielleicht erwarten könnte, kommen die von den anderen beiden Hauptkategorien von »Dritten« (Sacherwerbern und Sicherungsinteressenten) erkennbar abgesonderten »ungesicherten Gläubiger« als Rechtsbegriff im Konzept der *effectiveness* gar nicht vor. IX.–3:101(1) DCFR nimmt nur auf zwei

2265 Wird innerhalb der 35 Tage ab Lieferung ordnungsgemäß gezahlt, hat sich der Sicherungsbedarf und damit eine Registrierung des Sicherungsrechts erledigt. Ist das nicht der Fall und erfolgt die Registrierung rechtzeitig vor Ablauf der Frist, wirkt die *effectiveness* auf den Zeitpunkt der *creation* des Sicherungsrechts (dh auf den Zeitpunkt der Lieferung) zurück und genießt Superpriorität. Vgl IX.–3:107(2) DCFR und Comment C zu IX.–3:107, DCFR Full Edition 5484.

besondere Ausformungen dieser Kategorie Bezug, nämlich auf den **Exekutionsgläubiger,** der nach nationalem Zwangsvollstreckungsrecht bereits eine gesicherte Position gegenüber nachfolgenden Vollstreckungen erlangt hat (Unterabsatz (b)), sowie auf den **Insolvenzverwalter** über das Vermögen des Sicherungsgebers (Unterabsatz (c)). Der zweitgenannte Tatbestand wird als Generalverweis auf Verfahren nach nationalem Insolvenzrecht zu verstehen sein, nach österreichischem Recht also zB auch ein Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung iSd §§ 169 ff IO betreffen. Beide Personentypen haben gemein, dass sie entweder selbst ursprünglich ungesicherte Gläubiger sind (so der Exekutionsgläubiger) oder solche vertreten bzw deren Interessen im Insolvenzverfahren zumindest zu wahren haben (Insolvenzverwalter etc). Der eigentliche Grund, warum der Regelungstext auf diese beiden Kategorien abstellt, besteht darin, dass sich erst in diesen beiden Fällen ein unmittelbar auf das Sicherungsgut bezogener Konflikt zwischen dem gesicherten Gläubiger und den ungesicherten Gläubigern des Schuldners ergibt: Mit der Pfändung im Exekutionsverfahren erwirbt der betreibende Gläubiger ein Verwertungs- und Befriedigungsrecht in Bezug auf die Sache,[2266] das mit jenem des Sicherungsnehmers zu kollidieren droht und damit Regelungsbedarf auslöst. Entsprechendes gilt im Fall der Eröffnung eines – potentiell auf Gesamtvollstreckung ausgerichteten – Insolvenzverfahrens.

Bis zur Pfändung im Einzelzwangsvollstreckungsverfahren bzw zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens muss der gesicherte Gläubiger sein Sicherungsrecht also registrieren (oder das Sicherungsgut in Besitz nehmen), um gegen die genannten Personen bzw die hinter diesen stehenden ungesicherten Gläubiger im Sinne von IX.–3:101(1) DCFR »effektiv« geschützt zu sein. Damit aber drängt sich eine zunächst möglicherweise verstörende Frage auf: Der **Zeitpunkt,** in dem diese ungesicherten Gläubiger ihre **Kreditierungsentscheidung** getroffen haben und dabei auf die Möglichkeit eines Zugriffs auf das beim Sicherungsgeber sichtbar vorhandene und zu diesem Zeitpunkt von keinem Registereintrag erfasste Fahrnisvermögen vertraut haben mögen, liegt dann uU bereits weit in der Vergangenheit. Sollte ein Mobiliarsicherungssystem, das sich der Schaffung von Publizität für potentielle spätere Gläubiger aller Art verschreibt, nicht Publizität in dem Zeitpunkt sicherstellen, in dem der Dritte die für sein Geschäft mit dem Sicherungsgeber maßgebenden Entscheidungen trifft und sich zur ungesicherten Kreditierung endgültig entschließt? Läuft es solchen Zwecken nicht diametral entgegen, wenn die »nachträgliche« Herstellung von Publizität noch genügt?

Man kann hierauf zunächst pragmatisch damit antworten, dass dem Sicherungsnehmer trotz dieser »Verzögerungsmöglichkeit« gegenüber ungesicherten Gläubigern in aller Regel sehr daran gelegen sein wird, eine Registrierung (oder

2266 Vgl statt vieler *M. Roth,* Exekutions- und Insolvenzrecht[11] (2019) 45; *Rechberger/Oberhammer,* Exekutionsrecht[5] (2009) 77 (Rn 141).

Besitznahme) frühestmöglich durchzuführen. Denn gegenüber nachfolgenden Sacherwerbern und späteren Sicherungsinteressenten kommt es wie gesehen ja tatsächlich darauf an, einen dieser beiden Publizitätsakte vor dem Rechtserwerb des Konkurrenten gesetzt zu haben. Und auch gegenüber ungesicherten Gläubigern kann sich der Sicherungsnehmer ohne Registrierung oder Besitzerwerb nie wirklich sicher sein. Eine Exekution könnte theoretisch jederzeit erfolgen, die Insolvenzreife übersehen werden. Kann man aber aus diesen Gründen damit rechnen, dass gesicherte Gläubiger im Regelfall bereits vor Kreditgewährung ihr Sicherungsrecht registrieren (oder sich die Sache übergeben lassen) werden, ist Publizität auch gegenüber allen späteren ungesicherten Gläubigern von Anfang an gegeben. Insoweit wird das System den von ihm erhofften Effekt in der praktisch weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle erfüllen; nicht zwingend, aber faktisch.

Der aufgeworfenen Frage ist man damit aber nur ausgewichen. Die »harte« Antwort muss lauten, dass das DCFR-System eine Publizität, die imstande wäre, als **valide Vertrauens- und Entscheidungsgrundlage** für künftige ungesicherte Gläubiger zu fungieren, **nicht bewirken** kann. Allerdings: Dazu ist auch jegliches andere System nicht in der Lage.[2267] Um mit *Hromadka* zu sprechen:[2268] »Nichts schützt den Gläubiger, der im Vertrauen auf bestimmte, unbelastet vorgefundene Vermögensstücke dem Schuldner Kredit gegeben hat, davor, dass der Schuldner tags darauf sein gesamtes Vermögen verpfändet oder gar veräußert. Die scheinbar so objektive Sicherung des Gläubigers ist nicht mehr als eine Scheinsicherung.« Gegen spätere Entwicklungen im Schuldnervermögen ist der ungesicherte Gläubiger also nie gefeit. Der Unterschied zwischen traditionellem Publizitätsdenken in Bezug auf ungesicherte Drittgläubiger und dem Konzept der *effectiveness* nach Buch IX, das mit seinem Bezug auf den Exekutionsgläubiger und den Insolvenzverwalter auf den denkbar spätesten Zeitpunkt abstellt, besteht damit im Grunde lediglich darin, dass der DCFR erst gar nicht den Versuch unternimmt, einen solchen Schein zu erzeugen. In der Sache besteht gegenüber ungesicherten Drittgläubigern gar keine Abweichung vom geltenden Recht: Nach österreichischem Recht entstehen Pfandrecht oder Sicherungseigentum vor der Übergabe an den Gläubiger überhaupt nicht, also auch nicht gegenüber Drittgläubigern, mit Übergabe dafür in jeglicher Hinsicht,[2269] damit auch gegenüber diesen. Nach dem DCFR

2267 Die nachfolgenden Erwägungen gelten beispielsweise auch für das an Verlässlichkeit kaum zu überbietende Grundbuch deutscher oder österreichischer Prägung.

2268 *Hromadka,* Faustpfandprinzip 189. Vgl auch *Hamwijk,* ERPL 2011, 613 (618 f), deren Grundthese allerdings dahin geht, dass Informationen über das Ausmaß von Belastungen des Schuldnervermögens (oder umgekehrt der Lastenfreiheit desselben) für ungesicherte *trade creditors* (dh für alle vertraglich kreditierenden ungesicherten Gläubiger mit Ausnahme von Banken) überhaupt irrelevant sind (aaO 617 ff).

2269 Vgl oben III.A.1.b.

können unterschiedliche Rechtswirkungen zwar zu unterschiedlichen Zeitpunkten und unter unterschiedlichen Voraussetzungen eintreten, insbesondere die Wirkungen der *creation* ohne Publizitätserfordernis. Gerade die Wirkung gegenüber ungesicherten Gläubigern in jener Phase, auf die es letztlich ankommt (dh, wenn sich der ungesicherte Anspruch in einem Verwertungsrecht an der konkreten Sache materialisiert), entsteht aber nur bei Erfüllung der Voraussetzungen von Besitznahme oder Registrierung.

Als Ergebnis liegt nahe, dass gegen den DCFR-Ansatz auch im hier untersuchten Bereich aus Perspektive des geltenden österreichischen Rechts keine Bedenken bestehen. Dass in Gestalt einer einfach vorzunehmenden Registrierung eine zusätzliche Möglichkeit zur Verfügung steht, die effektive Wirkung gegenüber ungesicherten Gläubigern herzustellen, ist wie mehrfach betont natürlich zu begrüßen. Im Einzelnen hängt natürlich viel von der konkreten Ausgestaltung dieses Registersystems ab. Hierauf wird weiter unten noch gesondert eingegangen.[2270]

(ii.) Ergänzende Anmerkungen zur Besitzausübung als Drittwirksamkeitskriterium

Die Funktion des Besitzes am Sicherungsgut ist in der historischen Entwicklung des Mobiliarsicherungsrechts bekanntlich eine wechselvolle gewesen;[2271] auch in Bezug auf das geltende (österreichische, aber auch deutsche) Recht besteht hierüber keineswegs Einigkeit.[2272] Die Frage ist für das hier untersuchte DCFR-System in der obigen Erörterung mehrfach gestreift worden und wird hier zusammengefasst noch einmal kurz aufgegriffen und mit einigen ergänzenden Anmerkungen versehen.

1. Zunächst ist deutlich geworden, dass Buch IX für alle drei untersuchten Konflikttypen – gesicherter Gläubiger einerseits gegen Sacherwerber, Sicherungsinteressent oder ungesicherte Gläubiger andererseits – stets an der **Besitzausübung durch den gesicherten Gläubiger** anknüpft; anders formuliert ist stets entscheidend, dass dem Sicherungsgeber der Besitz an der Sache entzogen ist. Diese Besitzausübung durch den Sicherungsnehmer schützt sein Sicherungsrecht nach den oben näher dargelegten Regeln gegen alle drei Typen von Konfliktgegnern.

2270 Unten V.D.2.

2271 Grundzüge sind in früheren Kapiteln nachgezeichnet, siehe insbesondere II.A.3., II.B.1. und II.B.4. zur historischen Entwicklung sowie III.1.3. und III.1.4. zum geltenden österreichischen Recht. Grundlegend nach wie vor *Hromadka,* Faustpfandprinzip (passim); eingehend auch *Hromadka,* ZSR 111 (1970) 117.

2272 Reiche Nachweise jüngst bei *Riss* in FS Iro 401 (405 ff), der selbst den Schutz des gesicherten Gläubigers in den Vordergrund stellt; vgl ferner *Spitzer,* JBl 2014, 556 (557 ff). Eingehende Diskussion unter Berücksichtigung einer Mehrzahl von Rechtsordnungen bei *Hamwijk,* Publicity 35 ff.

Damit gibt es in den Regelungen von Buch IX jedenfalls keinen Anhaltspunkt dafür, es gehe dem DCFR hier um den Schutz von Vertrauen Dritter darin, dass alles, was sich im Besitz *des Sicherungsgebers* befindet, diesem auch gehöre und Drittinteressenten, welchen Typs auch immer, unbelastet zur Verfügung stehe.[2273] Mit dieser Vorstellung hat bereits die 2. Kommission in ihren Beratungen zum BGB gebrochen (wenngleich nur in Bezug auf die publizitätslos zugelassene Sicherungsübereignung);[2274] sie gilt heute vor allem in Hinblick auf die weite Verbreitung von Eigentumsvorbehalten, Finanzierungsleasing, teilweise auch von Mietverhältnissen und in Deutschland insbesondere der Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut recht weitgehend als illusionär.[2275] Ebensowenig geht es dem DCFR darum, Publizität in dem Sinne herzustellen, dass an allem, was der Schuldner aus der Hand und einem anderen in die Hand gibt, ein Sicherungsrecht bestehe. Auch aus dem Besitz *des Sicherungsnehmers* wird also nicht auf die Existenz eines bestimmten Rechts geschlossen; diesem Besitz könnten ja seinerseits verschiedenste Rechtstitel zugrunde liegen.[2276]

Dem DCFR geht es mit dem Tatbestand der Besitzausübung durch den Gläubiger vielmehr durchgehend um negative Publizität im Sinne einer **Warnung** für Drittinteressenten: Bewegliche körperliche Sachen, die sich *nicht im Besitz des Sicherungsgebers* befinden, stehen für die jeweiligen Zwecke des Drittinteressenten (Sacherwerb, Erwerb eines Sicherungsrechts, Deckung ungesicherter Forderungen) *möglicherweise* nicht zur Verfügung, weil daran möglicherweise ein Sicherungsrecht besteht. Damit entspricht die Funktion der Besitznahme ziemlich genau jener eines Registereintrags im *notice-filing*-System: Auch dieser lässt ja nicht unbedingt auf das tatsächliche Bestehen eines Sicherungsrechts schließen (ein Sicherungsrecht könnte noch nicht entstanden bzw bereits erloschen sein oder tatsächlich nur in eingeschränktem Ausmaß bestehen). Was konkret zutrifft, muss durch weiteres Nachfragen in Erfahrung gebracht werden. Ebenso kann der Besitzausübung durch den Gläubiger ein noch nicht entstandenes oder

2273 Zahlreiche Nw zu diesem »klassischen Verständnis« von Publizität als Grundlage für Vertrauen auf die Zugehörigkeit zum Haftungsfonds bei *Riss* in FS Iro 401 (405 ff); vgl auch (wenngleich mit Fokus primär auf den Gutglaubenserwerb) bei *Karner,* Gutgläubiger Mobiliarerwerb – Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen (2006) 167 ff.

2274 »… Gläubiger seien ganz im Allgemeinen nicht berechtigt, sich drauf zu verlassen, daß alle im Besitze des Schuldners befindlichen Sachen diesem auch gehörten«; so Protokolle III 3689 f = *Mugdan* III 627. Zum Kontext oben II.B.4.b. unter 5.

2275 Vgl etwa *Wiegand,* Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in *Wiegand* (Hrsg), Mobiliarsicherheiten (1998) 75 (128 f); *Migsch* in FS Welser 711 (731); *Spitzer,* JBl 2014, 556 (558); *Mayrhofer,* Kreditsicherung 8 f; *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 30 f; *Hedinger,* Publizitätsdenken 68 f; ferner *Riss* in FS Iro 401 (409); *Karner,* Gutgläubiger Mobiliarerwerb 172 ff, jeweils mwN.

2276 Vgl etwa *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1369 ff), der aus diesem Grund Pfandzeichen iSd § 452 ABGB als bessere Publizitätsträger ansieht und daher de lege ferenda den Ausbau der Informationsinhalte von Pfandzeichen propagiert (aaO 1375 ff, 1390 f).

bereits erloschenes Sicherungsrecht, möglicherweise aber auch ein völlig anderer Rechtstitel wie ein Miet- oder Verwahrungsvertrag zugrunde liegen, in welchen Fällen die Sache dem Gläubigerzugriff sehr wohl offensteht. Auch dies kann der Drittinteressent nur durch weitere Nachforschungen klären. Ein allfälliger Gutglaubenserwerbsschutz ist ihm allerdings in beiden Situationen durch die im vorangegangenen Kapitel erörterten Bestimmungen abgeschnitten, als ungesicherter Drittgläubiger muss er die *effectiveness* des Sicherungsrechts gegen sich gelten lassen. Diese Wirkungen bezweckt Buch IX bei Vorliegen von Gläubigerbesitz oder Registrierung offensichtlich ganz generell; also unabhängig davon, ob die zB durch Besitzentzug ausgelöste »Warnung« bereits bei flüchtiger Betrachtung auffallen muss oder erst dann, wenn der Sicherungsgeber aktiv versucht, den Dritten über die »Verfügbarkeit« konkreter Vermögensgegenstände in die Irre zu führen, also den Rechtsverkehr über seine Bonität im Allgemeinen bzw die Lastenfreiheit konkreter Gegenstände im Besonderen zu täuschen.[2277]

2. In Hinblick auf die damit angesprochene Erkennbarkeit des Besitzentzugs bzw der Besitzausübung durch den gesicherten Gläubiger hat der DCFR jüngst Kritik erfahren, die hier reflektiert werden soll, ohne freilich eine abschließende Lösung des Problems anzubieten: Der Entzug des Besitzes, so wird vorgebracht, ist als für interessierte Dritte *sichtbarer* Akt gedacht (gleichwie die Ausübung von Besitz durch den Gläubiger, so ließe sich ergänzen, im Grundsatz nach außen hin erkennbar ist). Da solche Wahrnehmungen lokalen Kreditgebern (oder sonstigen potentiellen Vertragspartnern) viel leichter möglich sind als nicht-lokalen, schaffe das Abstellen auf den Gläubigerbesitz Ungleichgewichte am europäischen Markt. Ob die Besitzausübung durch den Gläubiger tatsächlich als Alternative zum Registereintrag beizubehalten sei, solle daher noch einmal sorgfältig geprüft werden.[2278] Diese Bedenken sind nicht völlig von der Hand zu weisen. Neben einem **möglichen Diskriminierungseffekt** gegenüber ortsfremden Drittinteressenten leidet der Besitztatbestand aber noch viel allgemeiner unter dem Problem, dass in der Praxis vielfach weder die Besitzübertragung noch die Besitzausübung durch den Gläubiger auch nur einigermaßen nach außen hin wahrnehmbar sind. Anders als

---

2277 Im jüngeren Schrifttum zum geltenden österreichischen Recht findet der zweitgenannte Aspekt (Verhinderung von Täuschungsmöglichkeiten in Abgrenzung von einer Befähigung des Drittinteressenten auch zur flüchtigen Wahrnehmung) gelegentlich allein Betonung. So bei *Spitzer,* JBl 2014, 556 (559) unter Berufung auf *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 459 f (dort allerdings keine Einschränkung auf einen solchen Normzweck).

2278 So *Hamwijk,* Publicity 365 f. Als zweiten Gesichtspunkt bringt sie vor, ein Ungleichgewicht zwischen lokalen und ortsfremden Gläubigern bestehe zudem in ihrer Fähigkeit, Gegenstände in Besitz zu *nehmen.* In diesem zweiten Zusammenhang wird man ein Diskriminierungsproblem freilich nicht zu besorgen haben: Alternativ zur Besitznahme steht (für alle Konflikttypen) ja auch die Registrierung zur Verfügung, die auch über große Distanzen hinweg vergleichsweise einfach möglich ist.

bei der Registrierung, die immer und von überall leicht abgerufen werden kann, kommt die intendierte Warnung im Fall der Besitznahme bei ihren potentiellen Adressaten uU nicht an.[2279] Die oben angesprochene grundsätzliche Parallele in der Wirkungsweise[2280] hat natürlich dann einen lediglich theoretischen Wert, wenn eine solche Wirkung im einen Fall erst gar nicht einsetzt.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung genügt es festzuhalten, dass eine allfällige Übernahme des DCFR-Modells auch in dieser Hinsicht jedenfalls keine Nachteile gegenüber dem geltenden österreichischen Recht mit sich bringen würde. Das Herbeiführen von Drittwirkung (in jeglicher Hinsicht) durch Besitzentzug entspricht besonders gefestigter Rechtstradition und ist auch bei der Diskussion neuer Publizitätsformen (wie insbesondere von Registerlösungen) bisher nie infrage gestellt worden.[2281] Die Frage nach der grundsätzlichen Berechtigung des Besitztatbestands sollte allerdings im Auge behalten werden. Es kann durchaus sein, dass den oben referierten Bedenken im Rahmen einer »europäischen« Lösung mehr Gewicht zukommt als bei rein national ausgerichteten Reformüberlegungen.

b. Forderungen

Handelt es sich beim Sicherungsgut um Forderungen, gelten zu einem guten Teil abweichende Regeln. Sie sind im Ergebnis weniger komplex und lassen sich hier auch rascher abhandeln.[2282]

1. Für den **Konflikt zwischen Sicherungsnehmer und nachfolgendem Forderungserwerber** lässt sich insoweit an die Ausführungen zu Sicherungsrechten an Fahrnis anknüpfen, als die Wirksamkeit des Sicherungsrechts dem Zessionar gegenüber mit ***creation*** eintritt. Dass hiermit keinerlei Publizitätseffekt verbunden ist, wurde bereits betont.[2283] Im Unterschied zu Sicherungsrechten an Fahrnis ist in Bezug auf Forderungen allerdings **kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb** vorgesehen.[2284] Somit bleibt es im Grundsatz bei der zuerst angesprochenen Regel:

2279 Ähnliche Erwägungen stehen – zum geltenden österreichischen Recht – hinter der in FN 2277 angesprochenen Auffassung.

2280 Vgl oben Abschnitt 1. zum Inhalt der Warnung bei Besitzentzug einerseits und Registrierung im *notice-filing*-System andererseits.

2281 Vgl oben III.A.1.e. mit FN 601.

2282 In Erinnerung gerufen sei der auch für den folgenden Abschnitt geltende Hinweis (oben V.D.1.a.(i.) vor FN 2224) auf ein mögliches, hinsichtlich der Wirksamkeit gegenüber nachträglichen Erwerbern der belasteten Forderungen und Erwerbern weiterer Sicherungsrechten vereinfachtes Alternativmodell, das einheitlich auf das Eintreten der *effectiveness* (Registrierung) abstellt. Hierzu unten V.D.1.c. Die hier folgende Darstellung bleibt aus den oben angeführten Gründen im Wesentlichen unberührt.

2283 Näher zum Ganzen oben V.D.1.a.(i.)(α) unter 1.

2284 VIII.–3:102 und daran anknüpfend IX.–6:102 DCFR gelten ausdrücklich nur für bewegliche körperliche Sachen.

Gegenüber einem »reinen« Forderungserwerber (dh einem Zessionar, der die Forderung nicht zumindest auch zu Sicherungszwecken erwirbt), wie das etwa bei manchen Factoringausgestaltungen der Fall sein mag, ist und bleibt der Sicherungsnehmer durch bloße *creation* des Sicherungsrechts geschützt. Der Zessionar muss sich allenfalls wegen Vorliegens eines Rechtsmangels – er erwirbt eine belastete Forderung – an seinen Zedenten (den Sicherungsgeber) halten.

In diesem Punkt weicht der DCFR vom geltenden österreichischen Recht erheblich ab. Nach § 452 ABGB wäre für die Wirksamkeit des Sicherungsrechts (auch) gegenüber dem nachfolgenden Zedenten ein Publizitätsakt erforderlich gewesen.[2285] Ob die von Buch IX hier getroffene Wertungsentscheidung in ihrer Allgemeinheit vollkommen überzeugt, muss an dieser Stelle offengelassen werden.[2286] Die praktische Relevanz der Frage reduziert sich allerdings dann ganz erheblich, wenn der Sicherungsnehmer aus anderen Gründen eine Registrierung seines Sicherungsrechts tatsächlich vornimmt. Hierzu hat er allen Anlass, wie die nachstehenden Ausführungen zur Wirkung gegenüber späteren Sicherungsnehmern und ungesicherten Gläubigern zeigen werden; denn gegenüber diesen beiden Typen von Drittinteressenten ist ein Registereintrag essentiell. Wurde also eine Registrierung tatsächlich vorgenommen, wovon man insbesondere bei den in der Praxis üblichen Globalsicherungen an Forderungsbeständen zugunsten von Kreditinstituten unter Geltung eines DCFR-Regimes so gut wie immer wird ausgehen können, ist für eine adäquate Warnung auch des »reinen« Forderungserwerbers gesorgt.

2. Anders gestaltet sich wie angedeutet die Lösung des **Konflikts zwischen Sicherungsgeber und nachfolgendem Sicherungsinteressenten,** also einem Dritten, der an der belasteten Forderung seinerseits ein Sicherungsrecht begründen möchte. Auch hier gilt zunächst, dass »Wirksamkeit« im Verhältnis zum späteren Sicherungsnehmer bereits mit der ***creation*** des ersten Sicherungsrechts eintritt.[2287] Die endgültige Entscheidung des Konflikts zweier grundsätzlich »wirksamer« Sicherungsrechte untereinander begreift Buch IX allerdings als Frage der ***priority*** im Sinne des Kapitels 4. Die dortigen Regeln räumen – wiederum ohne auf Gutglaubensaspekte abzustellen – im hier interessierenden Fall des Sicherungsrechts an

2285 Konkret: Buchvermerk oder Drittschuldnerverständigung, vgl oben III.C.1.

2286 Auf Grundlage des DCFR-Schemas, das Sicherungsrechte im Allgemeinen bereits mit *creation* »entstehen« lässt, ist die Lösung jedenfalls in dogmatischer Hinsicht konsistent, weil sich das Problem dann als solches eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs darstellt und das Zessionsrecht des DCFR (III.–5:101 ff DCFR) einen solchen – in Einklang mit wohl den meisten Rechtsordnungen zumindest in Europa – nicht vorsieht. Dieser Zugang zur Problemlösung ist allerdings nicht zwingend, wie das österreichische Beispiel zeigt (Entstehung des Sicherungsrechts erst mit Herstellung der geforderten Publizität). Die Frage wäre in erster Linie auf rechtspolitischer Ebene zu klären, jene der rechtstechnischen Umsetzung wäre zweitrangig.

2287 Vgl spiegelbildlich zur Sicherheit an Fahrnis oben V.D.1.a.(i.)(β) unter 1.

Forderungen schlicht jenem Sicherungsnehmer den Vorrang ein, der sein Recht **als erster registriert.** Dies gilt sowohl für den Konflikt zwischen zwei registrierten Sicherungsrechten (IX.–4:101(1)(a) DCFR) als auch für jenen zwischen einem registrierten und einem unregistrierten, und zwar insbesondere dann, wenn das später entstandene Recht zuerst ins Register eingetragen wird (IX.–4:101(3) DCFR). Beide Bestimmungen sprechen als maßgeblichem Faktor zwar allgemein von der *effectiveness* des Sicherungsrechts; für Sicherungsrechte an Forderungen kommt allerdings von vornherein nur die Registrierung als Methode zur Begründung von *effectiveness* in Betracht (IX.–3:102 DCFR).[2288] In Bezug auf Sicherungsrechte an Forderungen verwirklicht der DCFR also in der Tat ein *»pure race«*-System.

Der wesentliche Effekt dieser Regelung geht dahin, dass ein erster Sicherungsnehmer über Forderungen, der sein Recht umgehend registriert (wovon wie erwähnt für den Regelfall auszugehen sein wird), den Vorrang gegenüber allen späteren gesichert hat. Soweit überzeugt die Regelung vollkommen. Durch den Registereintrag kommt späteren Sicherungsinteressenten ja eine Warnung zu. In einem anderen Punkt gerät der DCFR hier allerdings in einen rechtspolitischen Erklärungsnotstand, weil er sich bei der parallelen Konfliktlage um Sicherungsrechte an Fahrnis dafür entschieden hat, im Fall der Nichtregistrierung des ersten Sicherungsrechts das zweite nur dann gewinnen zu lassen, wenn der zweite Sicherungsinteressent hinsichtlich der fehlenden Berechtigung seines Vormanns gutgläubig war. Auf eine frühere Registrierung des zweiten wurde dort nicht abgestellt; der Gutglaubenserwerbsansatz sticht bei der Fahrnis-Sicherheit die allgemeine Prioritätsgrundregel aus.[2289] Nun ist die Lösung des DCFR auf dogmatisch-konstruktiver Ebene für die Forderungs-Sicherheit natürlich konsistent, da der DCFR Gutglaubenserwerbsregelungen für Forderungen nicht vorsieht und damit der für Fahrnis-Sicherheiten gewählte konstruktive Weg versperrt bleibt.[2290] Fragt man indes nach rechtspolitischen Wertungen, so scheint zumindest auf den ersten Blick kein überzeugender Grund zu bestehen, warum im hier zu erörternden Fall anders zu entscheiden wäre als dann, wenn das Sicherungsobjekt anstatt in einer Forderung in einer beweglichen körperlichen Sache besteht.[2291] Der interne

2288 Eine Ausnahme bilden Geldforderungen (die nach der Definition in IX.–1:201(6) DCFR grundsätzlich unter den Begriff der *»financial assets«* fallen) dann, wenn sie in Konten bei einem Finanzinstitut eingestellt sind. In diesem Fall kann ihre *effectiveness* auch durch *»control«* bewirkt werden (IX.–3:204(1)(a) DCFR). Die Belastung von Kontobeständen und anderen *financial assets* bleibt im Rahmen dieser Untersuchung allerdings grundsätzlich ausgeklammert.

2289 Siehe oben V.D.1.a.(i.)(β) unter 3.

2290 Vgl die insoweit ähnliche Problematik oben in FN 2286.

2291 In der möglichen Überlegung, dass es sich im anderen Fall beim Sicherungsgut eben um eine körperliche Sache handelt, die sich im Besitz des Sicherungsgebers befindet, sodass aufgrund dieses Besitzes auf die gegebene Berechtigung des Sicherungsgebers vertraut werden dürfe, vermag ich eine überzeugende Rechtfertigung der Differenzierung nicht zu erblicken: Schon die hierfür zu postulierende Rechtsscheingrundlage des Besitzes ist fragwürdig (vgl

Wertungsgleichklang und die Funktion des Registers als Mittel zur Warnung *späterer* Konkurrenten[2292] sprächen im Grunde dafür, die Lösung für Forderungen im Ergebnis an jene für Fahrnis-Sicherheiten anzupassen.[2293] Fraglos würde dies allerdings die allgemeine Prioritätsregel für das Verhältnis von »effektiven« zu »nicht-effektiven« Sicherungsrechten, der zufolge stets das »effektive« (hier: das registrierte) Recht unabhängig vom Zeitpunkt seiner *creation* gewinnt (IX.–4:101(3) DCFR), weiter aushöhlen. Ein gewisses Argument dafür, die im DCFR-Modell getroffene Entscheidung beizubehalten, könnte schließlich auch darin gesehen werden, dass bei einem *»pure race«*-System für Forderungs-Sicherheiten kein Kompatibilitätsproblem mit dem teilweisen Absehen vom Registrierungserfordernis für *acquisition finance devices* eintritt, was bei Fahrnis-Sicherheiten ein Abstellen auf Gutglaubenskonzepte naheliegend erscheinen ließ.[2294] Dass das reine Abstellen auf die erste Registrierung dem geltenden österreichischen Recht – nach dem das Sicherungsrecht generell erst mit Setzung des Publizitätsakts entsteht – entspräche, ist anzumerken, entfaltet aber für sich kein argumentatives Gewicht.[2295]

Ein weiterer Gesichtspunkt ist festzuhalten, wenngleich seine eigentliche Erörterung erst etwas weiter unten erfolgen soll: Als Publizitätsmittel würde im Fall einer Orientierung am DCFR-Konzept der Registereintrag die Drittschuldnerverständigung und den Buchvermerk des geltenden österreichischen Rechts ersetzen. Man kann hier allerdings so viel vorwegnehmen, dass die Bewertung einer solchen Entwicklung – jedenfalls nach Ansicht des Verfassers – gerade aus Publizitätsgesichtspunkten positiv zu bewerten wäre.[2296] Der Vorzug gebührt dem DCFR-Ansatz, bei der Belastung von Forderungen als Anknüpfungspunkt für Rangordnung und Wirkung gegenüber ungesicherten Gläubigern grundsätzlich nur auf die Registrierung abzustellen, zudem gegenüber der Lösung des neuen belgischen Systems: Dieses sieht als für die Drittwirksamkeit von Sicherheiten an Forderungen – ursprünglich als Alternative zur Registrierung, nun sogar ausschließlich – einen recht weit gestrickten Tatbestand der *contrôle* vor, der immer dann schon erfüllt ist, wenn der Pfandgläubiger befugt ist, die Verpfändung dem Drittschuldner anzuzeigen. Eine solche Anzeigebefugnis kann (und wird wohl) bei

zum Schluss vom Besitz auf das Eigentum des Besitzers oben V.D.1.a.(ii.) unter 1.). Es geht hier in erster Linie auch gar nicht um (allfälliges) Vertrauen in die Eigentümerstellung, sondern um Vertrauen in die Befugnis zur lastenfreien Verfügung. Und dafür erscheint die Natur der betreffenden Sache als körperliche oder unkörperliche irrelevant.

2292 Vgl oben V.D.1.a.(i.)(β) unter 3. bei FN 2263.

2293 Man muss hierfür keinen Gutglaubenserwerb an Forderungen einführen. Es kann genügen (und würde der derzeitigen Konstruktion auch viel besser entsprechen), den Prioritätseffekt nach IX.–4:101 DCFR unter bestimmten Voraussetzungen nicht eintreten zu lassen.

2294 Auch hierzu V.D.1.a.(i.)(β) unter 3. aE.

2295 Ebenso der nochmalige Hinweis, dass die Diskussion bei routinemäßiger sofortiger Registrierung des früheren Sicherungsrechts eine akademische bleibt.

2296 Siehe unten V.D.2.c.

jeder Forderungsverpfändung routinemäßig vereinbart werden. Damit kann das gesamte Forderungsvermögen des Sicherungsgebers ohne jegliche Publizitätswirkung – von der Befugnis muss ja noch lange nicht Gebrauch gemacht werden – außerhalb des Registers belastet werden. Der Informationswert von Registerabfragen bleibt dann in Bezug auf Forderungsrechte selbst nach dem ursprünglichen belgischen Modell notgedrungen völlig unsicher.[2297] Ein solcher Weg ist keinesfalls empfehlenswert. Die Tendenz sollte eher dahin gehen, Sicherheiten an beweglichem Vermögen möglichst umfassend dem Register zu unterstellen und allfällige Ausnahmen nur dort vorzusehen, wo gewichtige Gründe insbesondere der Praktikabilität dagegen sprechen. Solche sind bei einfachen Forderungsrechten allerdings nicht in Sicht.

3. Was schließlich den **Konflikt zwischen Sicherungsnehmer und ungesicherten Gläubigern** angeht, kann weitgehend auf die Ausführungen zu Sicherheiten an Fahrnisgegenständen verwiesen werden: Abzustellen ist auf das Konzept der ***effectiveness*** nach Kapitel 3, als Mittel zur Bewirkung dieser *effectiveness* kommt in Bezug auf Forderungen (von Geldforderungen auf einem Konto bei einem Finanzinstitut abgesehen[2298]) einzig die **Registrierung** in Betracht. Diese muss, um dem gesicherten Gläubiger die Wirksamkeit seines Sicherungsrechts zu wahren, im Verhältnis zu einem auf die Forderung Exekution führenden Gläubiger vor der Zustellung des Zahlungsverbots an den Drittschuldner,[2299] im Verhältnis zu sonstigen ungesicherten Gläubigern vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sicherungsgebers erfolgen.[2300]

c. Nachtrag: Wirkung gegenüber sämtlichen Dritten mit Eintritt der effectiveness als Alternative

Die vorstehende – im Wesentlichen aus der im Jahr 2014 vorgelegten ursprünglichen Fassung dieser Schrift stammende – Erörterung hat das DCFR-Modell, wonach die Wirkung eines Sicherungsrechts gegenüber nachfolgenden Erwerbern des Eigentumsrechts oder eines weiteren Sicherungsrechts an der Sache bereits mit *creation* einsetzt und nur gegenüber sonstigen Dritten der Erfüllung der *effectiveness*-Voraussetzungen bedarf, verteidigt. Die vorgebrachten Argumente, aufgrund derer das DCFR-Konzept vor allem bei der Belastung körperlicher beweglicher Sachen als gut vertretbar bewertet wurde, erachte ich weiterhin für beachtlich.

2297 Für Näheres vgl oben IV.D.3.b.
2298 Vgl oben FN 2288; dieser Bereich bleibt hier grundsätzlich ausgeklammert.
2299 § 294 EO (nach dessen Abs 3 mit dem bezeichneten Zeitpunkt die Pfändung als bewirkt anzusehen ist) iVm IX.–3:101(1)(b) DCFR.
2300 IX.–3:101(1)(c) DCFR. Für Einzelheiten ist auf die Ausführungen unter V.D.1.a.(i.)(γ) zu verweisen. Die dortigen Anmerkungen zu *acquisition finance devices* entfallen.

Es ist allerdings klar, dass der DCFR durch diese teilweise Drittwirkung mit *creation,* die bei körperlichen Sachen durch Gutglaubenserwerbsregeln austariert wird, was bei der Besicherung mittels Forderungen freilich nicht in Betracht kommt und dort in erster Linie deshalb keine ganz grundlegenden Bedenken auslöst, weil gerade bei Forderungen ohnehin mit einer raschen (wenn nicht bereits vorab erfolgten) Registrierung zu rechnen ist, einen hohen Grad an **Komplexität** erreicht. Dass hierdurch die Akzeptanz des Regelungsmodells in Hinblick auf eine Übernahme auf nationaler oder europäischer Ebene leiden kann, ist zuzugestehen. Um zu verhindern, dass das komplizierte Drittwirksamkeitsmodell allenfalls vorschnell zum Sargnagel einer möglichen Vorbildwirkung von Buch IX DCFR für Reformen des Mobiliarsicherungsrechts wird, sei klargestellt, dass das in diesem Abschnitt[2301] diskutierte Drittwirksamkeitsmodell ohne nennenswerten Schaden für das Gesamtkonzept auch anders – und zwar deutlich einfacher – ausgestaltet werden könnte. Als **Alternative** würde sich anbieten, die Wirksamkeit des Sicherungsrechts **gegenüber sämtlichen Arten von Dritten mit** der Erfüllung der Voraussetzungen der ***effectiveness*** eintreten zu lassen, dh bezogen auf Forderungen mit Registrierung und bezogen auf körperliche bewegliche Sachen mit Registrierung oder Besitzübergabe. Es würden damit dieselben Regeln für die Wirksamkeit sowohl gegenüber Erwerbern des Eigentumsrechts und Erwerbern von Sicherungsrechten an derselben Sache sowie gegenüber ungesicherten Drittgläubigern gelten. Der jeweilige Dritte setzt sich immer dann durch, wenn die *effectiveness*-Voraussetzungen nicht erfüllt sind; de facto also, wenn das begründete Sicherungsrecht nicht registriert wurde. Ob bzw dass der Dritte in diesem Fall von der erfolgten *creation* hätte wissen können oder gar positive Kenntnis hat, ist irrelevant und schadet ihm nicht.

Dieses Modell eines einheitlichen Drittwirksamkeitskonzepts liegt dem von UNCITRAL vorgeschlagenen Regelwerk[2302] zugrunde und entspricht aus dem Kreis der in dieser Arbeit näher beleuchteten Rechtsordnungen zumindest im Kern dem traditionellen Verständnis des französischen und belgischen Rechts. Im Fall einer europäischen Lösung hätte dieses Modell insofern einen faktischen Startvorteil. Im **Vergleich zum DCFR** setzt dieses System in erster Linie auf Einfachheit, indem kompromisslos auf die erfolgte Registrierung (oder Besitzübergabe) abgestellt wird. Interessenabwägungen im Einzelfall, denen im DCFR-Modell jedenfalls in Bezug auf Fahrnis aufgrund des Rückgriffs auf Gutglaubenserwerbsregeln ein grundsätzlich hoher Stellenwert eingeräumt ist, treten vollständig zurück. Man kann dem einheitlichen Drittwirksamkeitskonzept in diesem Zusammenhang ein Mehr an Rechtssicherheit attestieren. Richtigerweise muss dies allerdings mit dem Hinweis verbunden sein, dass sich der Unterschied

2301 Angesprochen ist die Erörterung im bisherigen Kapitel V.D.1.
2302 Vgl oben V.D.1.a.(i.) mit FN 2222.

nur in praktischen Ausnahmefällen manifestieren wird, nämlich wenn keine Registrierung erfolgt ist. Wurde die Registrierung sofort (was den absoluten Regelfall darstellen würde) oder spätestens bis zum Eintritt des jeweiligen Konfliktfalls vorgenommen, ergeben sich zwischen den beiden Regelungsmodellen überhaupt keine Unterschiede in den zu erzielenden Ergebnissen.

Aufgrund des kompromisslosen Abstellens auf das Vorliegen der *effectiveness*-Voraussetzungen (de facto den Registereintrag) könnte man einen Vorteil dieses Modells ferner darin sehen, dass es einen maximalen Anreiz für die ehestmögliche Vornahme einer Registrierung auslöst, was im Sinne einer möglichst großen Vollständigkeit des Registers aus Rechtssicherheitsgesichtspunkten positiv zu werten wäre. Allerdings: Rein faktisch wird der Anreiz zur Registrierung unter dem DCFR-Modell nicht nennenswert zurückstehen, schließt doch auch dort nur diese das Zurückstehen hinter allen Arten von Dritten verlässlich aus. Zählbare **Vorteile** verbucht das Konzept einer einheitlichen Drittwirksamkeit gegenüber allen Typen von Dritten allerdings im Bereich der Sicherungsrechte an Forderungen. Der erste ergibt sich im Fall des Konflikts mit einem nachfolgenden Erwerber der belasteten Forderungen (zB einem Factoringunternehmen): Da der DCFR die Wirksamkeit gegenüber einem Forderungserwerber bereits mit *creation* eintreten lässt, können – im freilich unwahrscheinlichen Fall des langfristigen Unterbleibens einer Registrierung – gegenüber dem Erwerber dauerhaft wirksame »versteckte« bzw »geheime« Sicherungsrechte entstehen (die auch nicht aufgrund von Gutglaubenserwerbsregeln übertrumpft werden können). Das Alternativkonzept des einheitlichen Drittwirksamwerdens mit Registrierung vermeidet eine solche Wirkung, die gerade Factoringunternehmen unangemessen benachteiligen könnte. Ein zweiter Pluspunkt gegenüber dem DCFR ergibt sich – im eben angesprochenen Konflikttypus wie auch bei Kollision mit einem nachfolgenden Sicherungsrecht[2303] – hinsichtlich der inneren Wertungskohärenz im Vergleich von Sicherungsrechten an körperlichen Sachen und Forderungen: Die diesbezügliche Ungleichbehandlung kann der DCFR wie gesehen nicht überzeugend erklären.[2304] Das Alternativmodell hingegen behandelt alle Fälle gleich: Drittwirksamkeit tritt in jeglicher Beziehung nur ein, wenn die Voraussetzungen der *effectiveness* verwirklicht sind; in praktischer Hinsicht mit erfolgtem Registereintrag.

Diese konzeptionelle Vereinfachung könnte sich bei Reformvorhaben, auch wenn sie grundsätzlich eine Ausrichtung nach dem Vorbild des DCFR ins Auge fassen möchten, als leichter konsensfähig erweisen. Auch ich erachte mittlerweile

2303 Hier stellt, wie oben V.D.1.b. unter 2. erörtert, auch der DCFR darauf ab, wer sein Sicherungsrecht als erster registriert.

2304 Siehe nochmals oben V.D.1.b. unter 2. Das wesentliche Argument, warum hieraus unter dem DCFR-Modell keine nennenswerten Probleme auftreten sollten, lautet schlicht, dass ohnehin weitestgehend mit umgehend erfolgender Registrierung zu rechnen ist.

das Alternativmodell eines einheitlichen Drittwirksamkeitskonzepts in einem nationalen oder gesamteuropäischen Kontext für die aussichtsreichere Variante.[2305] Dies folgt nicht daraus, dass die oben entwickelten Argumente durch spätere Erkenntnisse falsifiziert worden wären; die Erwägungen betreffen weitgehend unterschiedliche Ebenen. Es handelt sich vielmehr um eine Frage der Gewichtung. Und diese sollte hier wohl in Richtung einer Reduktion der Komplexität ausfallen.

2. Zum Registersystem des DCFR im Besonderen

Der Eintragung von Sicherungsrechten im Register kommt nach den Ausführungen im voranstehenden Kapitel herausragende praktische Bedeutung zu. Jene der Besitznahme von körperlichen Sachen, die eine operative Nutzung des Sicherungsguts ausschließt, wird sich weitgehend in Grenzen halten. Im Folgenden sind daher Eckpunkte des DCFR-Registrierungssystems noch etwas näher herauszuarbeiten, um eine grundlegende Bewertung aus österreichischer Perspektive zu ermöglichen. Der Schwerpunkt liegt auf publizitätsrelevanten Gesichtspunkten in einem eher weitgefassten Sinn, zum Teil ist darüber auch hinauszugehen. Im Vordergrund werden die Voraussetzungen für die Begründung von Registereinträgen sowie der Wert jener Information stehen, die der abfragende Nutzer aus dem Register selbst bzw aus dem System insgesamt gewinnen kann.[2306]

a. Zwecke des Registersystems im Allgemeinen

1. Ausweislich der Erläuterungen zu Buch IX verfolgt dessen registerbasiertes Publizitätssystem eine Mehrzahl von Zwecken: Vor allem sollen **künftige Vertragspartner Informationen** darüber erlangen können, ob bestimmte Vermögenswerte unbelastet zur Verfügung stehen; sei es, dass sie diese erwerben oder Sicherungsrechte daran begründen wollen oder sich in Hinblick auf ausreichendes freies Vermögen zur ungesicherten Kreditgewährung entschließen. Der Sicherungsgeber kann umgekehrt durch Hinweis auf unbelastetes Vermögen uU günstigere Konditionen lukrieren. Zweitens dient das Registersystem dem **Schutz des registrierten Gläubigers:** Mit erfolgtem Registereintrag schließt er jeglichen gutgläubigen lastenfreien Erwerb von Eigentum und jeden gutgläubigen Erwerb einer besseren Rangstelle durch einen späteren Sicherungsnehmer aus. Gegenüber ungesicherten

---

2305 So etwa im Rahmen einer französisch-deutschen Arbeitsgruppe, die den Versuch unternommen hat, ein Optionales Europäisches Mobiliarsicherungsrecht zu erarbeiten; vgl hierzu *W. Faber,* Zur Idee eines optionalen Instruments für Mobiliarsicherheiten – Koordinierungsfragen beim Zusammentreffen mit nationalem Recht, in FS Schwartze (2021) 61 (70).

2306 Weitestgehend ausgeklammert bleiben hingegen Übertragungsfragen (Übertragung des Sicherungsrechts bzw Übertragung des belasteten Vermögenswerts und die Behandlung dieser Vorgänge im Register; hierzu IX.–3:328 ff DCFR).

Gläubigern schützt er sich ebenso, indem sein Sicherungsrecht diesen im Fall der Zwangsvollstreckung oder Insolvenz entgegenhalten kann.[2307] Diese beiden Funktionen haben im vorangegangenen Kapitel V.D.1. bereits im Vordergrund gestanden. Dabei hat sich erwiesen, dass die angestrebten Zwecke grundsätzlich sehr gut erfüllt werden, der Zweck einer Warnung gegenüber künftigen ungesicherten Gläubigern freilich mit der Einschränkung, dass *effectiveness* auch noch nach dessen Kreditierungsentscheidung erzielt werden kann (was allerdings ein generelles und keineswegs DCFR-spezifisches Problem ungesichert gewährten Kredits ist).[2308] Ein zweiter Vorbehalt ist vorläufig noch anzubringen, nämlich dass noch näher zu klären ist, wie genau und valide die aus dem Register gezogene Information für interessierte Dritte ist.[2309]

2. Ein weiterer Zweck des Publizitätssystems durch Registrierung besteht darin, mit dem Registrierungsdatum einen tauglichen **Anknüpfungspunkt für das Prioritätsregime** zu liefern.[2310] Hierfür ist die Registrierung freilich nicht alleiniges Mittel: Zum einen anerkennt Buch IX alternative Methoden zur Bewirkung von *effectiveness,* insbesondere jene der *control* für Finanzsicherheiten, und privilegiert diese in Bezug auf die Rangordnung durch Gewährung von Superprioritäten (vgl IX.–4:102(2) und (3) DCFR für Kontrolle und Besitz). Eine vom allfälligen Registrierungsdatum unabhängige Superpriorität gilt auch für *acquisition finance device*s (IX.–4:102(1) DCFR); hier kommt lediglich – von Verbrauchersicherheiten abgesehen – die rechtzeitige Registrierung binnen 35 Tagen ab Lieferung als Tatbestandsvoraussetzung für die besondere Prioritätswirkung hinzu.[2311] Ferner zu beachten sind Vorrangwirkungen infolge gutgläubigen Erwerbs jeweils im Verhältnis zu jenem Recht, in Bezug auf welches auf die Berechtigung des Vormanns zur lastenfreien Verfügung vertraut wurde. Man darf sich das Register also nicht als alleinige Determinante von Rangordnungsverhältnissen vorstellen. In einem recht weitgehenden Umfang erfüllt es diese Funktion im Ergebnis allerdings durchaus.

3. Schließlich bezweckt die Registerpublizität ein **Unterbinden arglistiger Täuschungen** dadurch, dass Registereinträge genau bestimmt und leicht bewiesen werden können. Das hier angesprochene Täuschungsproblem tritt in zwei Spielarten auf, nämlich einmal im Versuch, einem späteren gesicherten Gläubiger durch

2307 Zum Bisherigen siehe Comment B zu IX.–3:301, DCFR Full Edition 5495 f.

2308 Vgl oben V.D.1.a.(i.)(γ) unter 2. Siehe dort auch den praktisch bedeutsamen Hinweis, dass für den gesicherten Gläubiger starke Anreize bestehen, die Registrierung umgehend vorzunehmen, in welchem Fall auch die Warnung nachfolgender ungesicherter Gläubiger jedenfalls rechtzeitig erfolgt.

2309 Hierzu unten V.D.2.c.

2310 Hierzu Comment B zu IX.–3:301, DCFR Full Edition 5496.

2311 IX.–3:107(2) iVm IX.–4:102(1) DCFR.

Manipulationen eine bessere Priorität als die eines ihm an sich vorangehenden früheren Sicherungsnehmer zu verschaffen; zum Zweiten im Versuch des Schuldners, die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen dadurch abzuwenden, dass ein vermeintlich vorrangiges Sicherungsrecht eines Dritten vorgetäuscht wird.[2312] Beide Varianten haben im Lauf der historischen Entwicklung erhebliche Schwierigkeiten aufgeworfen: Die erstgenannte hat wesentlich zur letztendlich massiven Ablehnung der römisch-gemeinrechtlichen Mobiliarhypothek beigetragen, deren Rangverhältnisse gerade mangels Publizität an sich schon schwierig determinierbar waren und durch tatsächliche oder auch nur mutmaßliche Schiebungen noch unsicherer wurden.[2313] Die zweite Spielart hat in Gestalt systematischer missbräuchlicher Behauptung von publizitätslosen Sicherungsübereignungen zu Exekutionsabwehrzwecken in Deutschland, Österreich und in den Niederlanden zweifelhafte Berühmtheit erlangt.[2314] In den Niederlanden hat insbesondere dieses Problem letztlich dazu geführt, dass die 1992 in Kraft getretene Neukodifikation die Sicherungstreuhand zur Gänze verbietet und ein Registersystem geschaffen hat, dessen Hauptzweck gerade im Unterbinden betrügerischen Rückdatierens besteht.[2315]

In welchem Ausmaß derartige Betrugsszenarien unter heutigen wirtschaftlichen und (sonstigen) rechtlichen Rahmenbedingungen ein reales Risiko darstellen, kann hier nicht näher beurteilt werden. Gänzlich abtun sollte man sie wohl kaum. Es fällt daher jedenfalls positiv ins Gewicht, dass das DCFR-System solchen Risiken grundsätzlich sehr effektiv entgegenwirkt: Die Eintragung eines Sicherungsrechts im Register stellt, wie gesehen, ein entscheidendes Kriterium für seine Wirkung im Verhältnis zu sämtlichen Grundtypen von Konfliktgegnern dar; ausschlaggebend ist jeweils das Datum der Registrierung. Sowohl das Vorliegen eines Registereintrags an sich als auch der genaue Zeitpunkt seiner Vornahme (das aus dem Register hervorgeht)[2316] sind einfach feststellbar und leicht beweisbar. Der Eintrag lässt sich überdies im Nachhinein nicht zum Nachteil von Dritten manipulieren: Auch im Fall einer – vom Sicherungsnehmer im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber vorgenommenen – Ergänzung des Eintrags bleibt der ursprüngliche Eintrag erhalten *(»add-on«*-System); das Register zeigt den ursprünglichen Text und die Ergänzung als solche an, dazu das Datum der Ergänzung.[2317] Damit werden Täuschungen beider oben genannter Ausprägungsformen durch betrügerisches Rückdatieren insoweit verhindert, als hierfür überhaupt ein

2312 Siehe wiederum Comment B zu IX.–3:301, DCFR Full Edition 5496.
2313 Vgl oben II.A.4.d. unter 4., II.A.7. unter 2. sowie II.B.1.a.
2314 Siehe oben IV.A.2.a. (Deutschland), III.B.2. unter 5. (Österreich) und IV.C.3.b. (Niederlande).
2315 Vgl IV.C.3.b. und IV.C.4.a. unter 3.
2316 IX.–3:308(c) DCFR.
2317 IX.–3:311(3) DCFR. Zustimmung zu dieser Ausgestaltung bei *Hamwijk,* Publicity 359 f.

neuer Registereintrag oder die Manipulation eines bereits bestehenden Registereintrags erforderlich wäre. Das Registersystem wirkt insofern sogar effektiver als die – alternativ mögliche – Besitzübertragung, deren Zeitpunkt uU nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann. Der zweitgenannten Missbrauchsform, der scheinbaren Begründung von Sicherungsrechten zum Zweck der Exekutionsvereitelung, wirkt der DCFR wie früher bereits hervorgehoben zudem dadurch entgegen, dass Sicherungsrechte grundsätzlich einheitlich als beschränkte dingliche Rechte wirken. Folgerichtig können diese nach nationalem Vollstreckungsrecht eine Exekutionsführung nicht völlig verhindern, sondern dem gesicherten Gläubiger lediglich ein Anrecht auf vorrangige Befriedigung sichern.[2318]

Vollkommen ausgeschaltet werden Täuschungsmöglichkeiten allerdings auch durch das DCFR-Modell nicht. Voraussetzung ist allerdings, worauf *Hamwijk* zutreffend hinweist, die bereits ursprüngliche Existenz eines entsprechend weit gefassten Registereintrags. Ein solcher kann grundsätzlich lange vor Abschluss eines Sicherungsvertrags rangwahrend begründet und zunächst noch nicht oder nur teilweise durch Abschluss eines konkreten Sicherungsvertrags »ausgenützt« werden *(advance filing).* Nicht auszuschließen ist dann, dass die Parteien zB nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens versuchen, mittels Rückdatierung eines neu aufgesetzten Sicherungsvertrags Vermögenswerte, die ursprünglich nicht belastet waren (aber von der Formulierung des Registereintrags gedeckt sind), unter den reservierten Rang »nachzuschieben«.[2319] Wohlgemerkt: Ein solches Sicherungsrecht ist nicht etwa wirksam;[2320] das Register weist aber auf die Unwirksamkeit nicht hin, weil der Eintrag selbst bereits bestanden hat. Gänzlich ausschließen wird man Betrugsmöglichkeiten allerdings wohl nie können, ohne die Effizienz des Gesamtsystems überproportional zu beeinträchtigen.[2321] Derartige Versuche müssen letztlich anderweitig bekämpft werden. Immerhin besteht in den hier besprochenen Fällen aufgrund des bestehenden Registereintrags eine Warnung für spätere Interessenten. Auch mag es aus Sicht des potentiell betrügerischen Schuldners gerade aufgrund der Sichtbarkeit des Registereintrags wenig

2318 Siehe oben V.B.2.e. unter 2.

2319 Vgl *Hamwijk,* Publicity 333, 360 ff.

2320 Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat der Schuldner (Sicherungsgeber) nach österreichischem Recht gemäß § 2 Abs 2 IO die Befugnis zur Vornahme der für die *creation* eines Sicherungsrechts erforderlichen Rechtshandlungen (Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, IX.–2:105(c) und (d) DCFR) verloren, je nach Ausgestaltung des nationalen Rechts allenfalls auch die erforderliche sachenrechtliche Verfügungsbefugnis (IX.–2:105(b) DCFR). Vgl zu diesen Fragen oben V.C.3.b. unter 2.

2321 In diesem Sinne auch *Hamwijk,* Publicity 371 f, die unter anderem zwecks Reduktion des Missbrauchsrisikos die Zulässigkeit von Vorausregistrierungen *(advance filing)* stark reduzieren und die Registrierung erst bei Vorliegen eines Sicherungsvertrags gestatten möchte (370 ff). Auch dieser Vorschlag vereitelt (wie der Autorin selbst bewusst ist) die im Text angesprochene Manipulations*möglichkeit* nicht.

attraktiv erscheinen, diesen quasi auf Vorrat zur allfälligen späteren fraudulösen Ausnutzung bereitzuhalten. Schließlich muss auch der vermeintliche Gläubiger bei Vornahme der Vorabregistrierung bereits feststehen, da er es ja ist, der den Eintrag bewirken muss. Insgesamt scheinen mir die Risiken aus der aufgezeigten Betrugsmöglichkeit also nicht allzu gravierend zu sein.

b. Eintragung, Korrektur und Löschung

Einige zumindest mittelbar publizitätsrelevante Aspekte ergeben sich für das DCFR-Register aus den Regelungen darüber, wie Eintragungen im Register vorgenommen, nachträglich korrigiert und wieder gelöscht werden können. Zugleich lässt sich im Zuge der folgenden Ausführungen das nötige Grundverständnis für die Funktionsweise des vorgeschlagenen Registersystems vervollständigen.

(i.) Eintragung durch den Gläubiger, Zustimmung und Haftungserklärung

1. Ein wesentliches Charakteristikum des vom DCFR vorgeschlagenen Mobiliarsicherheitenregisters besteht darin, dass Eintragungen elektronisch – via Online-Eingabemaske – direkt durch die Parteien **ohne Intervention einer registerführenden Stelle** erfolgen.[2322] Das erscheint unter Effizienzgesichtspunkten zunächst jedenfalls insofern vorteilhaft, als sich die Verarbeitungsdauer im Register, also die Zeit zwischen Vornahme des Eintrags und Aufscheinen desselben im Register, praktisch auf null reduziert. Daneben werden registerseitig Personalkosten gespart, was in Form niedriger Eintragungsgebühren an die Parteien weitergegeben werden kann. Das Ausschalten menschlicher Intervention aufseiten der Registerstelle bedeutet potentiell auch eine Reduktion möglicher Fehlerquellen.[2323] Das System muss dann allerdings sicherstellen, dass diese Vorteile nicht durch Effizienzverluste auf anderen Ebenen oder durch Verletzung berechtigter Interessen einer der am Eintragungsprozess beteiligten Parteien oder von registerabfragenden Drittinteressenten zunichte gemacht werden.

Diesem Interessenausgleich dienen im Modell des DCFR zunächst folgende drei Grundregeln: (1) Den Registereintrag nimmt der gesicherte Gläubiger vor (IX.–3:305(1) DCFR). (2) Diesem Eintrag muss der Sicherungsgeber durch Erklärung gegenüber dem Register zugestimmt haben *(»consent«,* IX.–3:309 und IX.–3:306 (1)(d) DCFR). (3) Mit dem Eintrag muss eine Erklärung des Gläubigers einhergehen, die Haftung für Schäden zu übernehmen, die zulasten des Sicherungsgebers

2322 Vgl IX.–3:302(2) und IX.–3:305(1) DCFR sowie Comment C zu IX.–3:301, DCFR Full Edition 5497 f.

2323 Dies wird vor allem im Vergleich zu existierenden *notice-filing*-Systemen betont, die noch die Übertragung von Antragsinhalten in das Register durch Registrierungsbeamte vorsehen (wie zT noch unter Article 9 UCC). Vgl *Hamwijk,* Publicity 350.

oder Dritter durch eine falsche Eintragung verursacht werden (IX.–3:306(1)(e) DCFR).

2. Die erste dieser grundsätzlichen Regeln, die **Vornahme der Eintragung** dem **Sicherungsnehmer** zu übertragen, leuchtet aus mehreren Gründen ein: Diesen treffen die unmittelbarsten und in Summe größten Risiken aus einer unrichtigen, verzögerten oder gänzlich unterlassenen Eintragung.[2324] Ist das Sicherungsgut im Register zu eng umschrieben, wird insoweit das Sicherungsrecht nicht drittwirksam. Erfolgt die Eintragung verzögert oder gar nicht, können Dritte gutgläubig dingliche Rechte am Sicherungsgut erwerben und fehlt der Schutz gegenüber ungesicherten Drittgläubigern in Exekution und Insolvenz. Der Sicherungsnehmer wird all dies im ureigensten Interesse zu vermeiden trachten. Der Sicherungsgeber könnte, überließe man die Registereintragung ihm, demgegenüber sogar versucht sein, den Eintrag zu schmal zu gestalten oder gar zu unterlassen, um die eigene Kreditwürdigkeit Dritten gegenüber in ein günstigeres Licht zu rücken. Solche Versuchungen lässt das Registersystem des DCFR erst gar nicht aufkommen. Umgekehrt können dem Sicherungsgeber aus einem allenfalls zu weit gefassten Eintrag durch den Gläubiger natürlich insoweit Nachteile drohen, als weiteren potentiellen Kreditgebern ein ungünstigerer Eindruck über seine Vermögensverhältnisse signalisiert wird. Dieses Risiko wird in den Erläuterungen allerdings als geringergewichtig eingestuft.[2325] Dem ist zuzustimmen: Das Interesse des Gläubigers, dem allenfalls der Totalverlust droht, ist elementarer, die Dringlichkeit der Herstellung eines korrekten Registerstands typischerweise größer. Der Sicherungsgeber wird, worauf noch zurückzukommen ist, unmittelbar nach Vornahme des Eintrags über diesen automatisch informiert (IX.–3:313 DCFR) und kann dann eine allfällige Korrektur einleiten. Zudem bestehen aufgrund der obligatorischen Haftungserklärung des Gläubigers gegebenenfalls Schadenersatzansprüche gegen diesen. Die Zuweisung der Eintragung an den Gläubiger erscheint daneben auch als effizienteste Lösung: Gerade institutionelle Kreditgeber werden über entsprechende Routine, zB im Umgang mit der elektronischen Eingabemaske und den dort verwendeten Güterkategorien, rasch verfügen. Sie würden – überließe das Gesetz die Eintragung dem Sicherungsgeber – ansonsten auch einen wohl nicht unbeträchtlichen Überwachungsaufwand betreiben müssen, um die zügige und korrekte Eintragung durch den Schuldner sicherzustellen. Zuletzt ist die Zuweisung der Registereintragung an eine der beiden Parteien jedenfalls effizienter als eine Lösung, die gleichzeitiges Handeln der Parteien erforderlich macht.[2326]

2324 Vgl insoweit Comments zu IX.–3:305, DCFR Full Edition 5503.
2325 Vgl nochmals Comments zu IX.–3:305, DCFR Full Edition 5503.
2326 Vgl *W. Faber,* JBl 2012, 341 (353) mit Hinweis auf diesbezügliche Unklarheiten im MSG-E von 2007. Näher zu diesem *Gruber,* ÖJZ 2007, 437 (440 f) mit Kritik.

3. Nach dieser Grundentscheidung, die Vornahme der Eintragung ins Register dem gesicherten Gläubiger bei gleichzeitigem Verzicht auf eine inhaltliche Kontrolle seitens der registerführenden Stelle zu übertragen, ist notwendigerweise dafür vorzusorgen, dass Interessen des Sicherungsgebers wie auch Interessen von Registernutzern durch mögliche Fehler seitens des Gläubigers nicht übergebührlich beeinträchtigt werden. Ein quasi automatisches Korrektiv zu diesem Zweck stellen Schadenersatzpflichten dar. Vermutlich vor dem Hintergrund divergierender Ausgestaltung der relevanten Schadenersatzregime in den verschiedenen europäischen Staaten nimmt Buch IX diesbezüglich quasi das Heft selbst in die Hand und schreibt vor, dass die Registrierung eines Sicherungsrechts durch den Gläubiger die Abgabe einer **Haftungserklärung** durch diesen voraussetzt. Der Gläubiger muss erklären, dass er *»assumes liability for damage caused to the security provider or third persons by a wrongful registration«.*[2327] Die Haftungserklärung muss mit dem Eintrag »einhergehen« *(»it [the entry,* Anm] *is accompanied by a declaration of the creditor…«).*[2328] Näheres über die Abgabe und Form dieser Erklärung ist nicht geregelt und geht auch aus den Erläuterungen nicht hervor. Praktisch kommt wohl in erster Linie das Anklicken einer entsprechenden Erklärungsoption (zB: *»The creditor declares to assume liability for damage…«)* in einer elektronischen Eingabemaske in Betracht. Vom Gläubiger selbst formulierte Erklärungen scheiden nicht nur im Interesse der Rechtssicherheit, sondern wohl auch aus technischen Gründen aus, da das Registersystem zu einem automatischen Abgleich des tatsächlichen Erklärungsinhalts mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Erklärungsinhalt in der Lage sein muss.

Die Haftungserklärung ist als einseitiges Rechtsgeschäft konzipiert, kann aber natürlich auch in die Sicherungsabrede aufgenommen werden (sofern eine solche bereits getroffen ist). Auch als einseitiges Rechtsgeschäft iSd DCFR *(unilateral juridical act)* bindet sie den Sicherungsnehmer nicht nur gegenüber dem Sicherungsgeber, sondern auch gegenüber den in der Erklärung genannten Dritten.[2329] Dass die Haftungserklärung im Register nicht aufscheint,[2330] kann schon nach dem Zweck der Regelung nicht schaden. Die Erklärung gegenüber dem Register bei gleichzeitiger Bekanntheit der Regel, dass ohne Haftungserklärung die Vornahme eines Registereintrags gar nicht möglich ist, lässt sich unabhängig davon aber auch mit den DCFR-Regeln über die Zugangsvoraussetzung von einseitigen

2327 IX.–3:306(1)(e) DCFR für den ursprünglichen Registereintrag. Entsprechend IX.–3:311(2)(c) DCFR für Ergänzungen existierender Einträge.

2328 Siehe die in FN 2327 zitierten Bestimmungen.

2329 Aus II.–1:103(2) DCFR ergibt sich, dass ein wirksames einseitiges Versprechen den Erklärenden bindet, wenn seine rechtliche Bindung ohne Annahme intendiert ist. Dies ist hier nach dem Zweck der Haftungserklärung gegeben. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines *unilateral juridical act* ergeben sich im Einzelnen aus II.–4:301 DCFR.

2330 IX.–3:308 DCFR e contrario.

Rechtsgeschäften in Einklang bringen.[2331] Das neue belgische Registersystem, dass dem DCFR mit dem zwingenden Erfordernis einer Haftungserklärung folgt, löst diese Frage einfacher, indem auch die Haftungserklärung im Register aufscheint.[2332] Das hat einiges für sich. Schließlich handelt es sich für rechtlich nicht versierte Registernutzer um eine uU sehr wesentliche Information. Da sich Ansprüche von allfälligen Geschädigten auf eine rechtsgeschäftliche Erklärung stützen, ist es für diese auch durchaus essentiell, den Wortlaut dieser Erklärung zu kennen, selbst wenn es sich um einen Standardtext handelt. Der Charakter als Standardtext hat schließlich den Vorteil, dass das Register diesen in verschiedenen Sprachen abrufbar machen kann (insbesondere bei Umsetzung des Systems in Form einer koordinierten europäischen Initiative).

Inhaltlich ist die Erklärung als Versprechen verschuldensunabhängiger Haftungsübernahme zu verstehen. Das liegt bereits nach dem Wortlaut nahe, der einzig einen Kausalzusammenhang zwischen fehlerhafter Registrierung und Schadenseintritt voraussetzt *(»damage caused … by wrongful registration«,* IX.–3:306(1)(e) DCFR). Ein Abgleich mit den DCFR-Grundregeln für vertragliche Schadenersatzansprüche stützt diese Auslegung zusätzlich.[2333]

4. Primär zum Schutz des Sicherungsgebers sieht Buch IX ein weiteres Instrument vor, das Vorbildsystemen wie Article 9 UCC ebenso wie zB dem DCFR-inspirierten neuen belgischen Recht in dieser Form fremd ist: Der Sicherungsgeber muss dem Registereintrag in einer Erklärung gegenüber dem Register formell **zustimmen**, ansonsten kann der Eintrag ins Register nicht aufgenommen werden.[2334]

2331 Vgl bereits *W. Faber,* JBl 2012, 341 (353 FN 88). Die Zugangsvoraussetzung ist in II.–4:301(c) DCFR wie folgt formuliert: *»(c) that notice of the act reaches the person to whom it is addressed or, if the act is addressed to the public, the act is made public by advertisement, public notice or otherwise.«* – Die Erklärung richtet sich insoweit an die Öffentlichkeit, als im Erklärungszeitpunkt nicht antizipiert werden kann, wer im Register nach dem betreffenden Eintrag recherchieren wird. Jedenfalls die am Ende der Regelung angeführte Tatbestandsvariante *(»… or otherwise«)* ist hier verwirklicht, da für Dritte allein durch die Tatsache, dass die Eintragung im Register aufscheint, klargestellt ist, dass die Haftungserklärung – die ja zwingende Eintragungsvoraussetzung ist – abgegeben wurde.

2332 Siehe Art 31 in Buch III, Titel XVII des belgischen Code civil. Vgl allgemein oben IV.D.4.b. unter 1. (zur Eintragung) und IV.D.4.c.(i.) (zur Abfrage).

2333 Siehe hierzu III.–3:701(1) DCFR: *»The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused.«* Eine Ausnahme für *»excused non-performance«* ist für die Haftungserklärung nach Buch IX nicht vorgesehen.

2334 IX.–3:309 iVm IX.–3:306(1)(d) DCFR. Nach Article 9 UCC kann die Eintragung eines Sicherungsrechts ins Register zwar ohne derartige formelle Zustimmung des Sicherungsgebers gegenüber dem Register erfolgen. Die Wirksamkeit der Eintragung setzt materiell allerdings sehr wohl dessen Zustimmung voraus; fehlt Letztere, ist der Registereintrag unwirksam. Siehe § 9-509 und § 9-510 UCC sowie *Hamwijk,* Publicity 201; ferner *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 383 f, 440 f mit Hinweis auf die Einschätzung, dass nach US-Recht schadenersatz- und strafrechtliche Sanktionen als hinreichend abschreckend angesehen werden, unrichtige Eintragungen gegen den

Damit soll missbräuchlichen Eintragungen vorgebeugt werden.[2335] Man wird hierin aber auch ganz allgemein ein weiteres Beispiel für die Bestrebungen der Verfasser von Buch IX sehen dürfen, das Modell des *notice filing* an traditionelle Wertungen europäischer, insbesondere kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen anzupassen und damit die Akzeptanzfähigkeit des Modellgesetzes zu steigern.

Gemäß der erwähnten primären Intention stellt die *consent*-Voraussetzung des DCFR grundsätzlich ein taugliches Mittel dar, gänzlich fingierte Eintragungen im Ansatz zu unterbinden. Derartige (typischerweise mit Schädigungsabsicht vorgenommene) *»bogus filings«* stellen im US-amerikanischen Recht ein reales, wenngleich in absoluten Zahlen gemessen offenbar kein gravierendes Problem dar. Sie sind zwar mangels Zustimmung des vermeintlichen Sicherungsgebers materiell unwirksam und können gelöscht werden, bis dahin können sie diesem allerdings faktisch schaden, da seine Kreditwürdigkeit in schlechterem Licht erscheint als tatsächlich der Fall.[2336] Kontrolliert der Sicherungsgeber einen konkret vorliegenden (künftigen) Registereintrag, wird er das Entstehen einer solchen Problemlage ex ante vermeiden können.[2337] Gleiches gilt, wenn ein Sicherungsnehmer lediglich aus Versehen einen Eintrag beim »falschen« Schuldner registriert. Eine weitere potentielle Konsequenz der *consent*-Voraussetzung könnte darin bestehen, *advance filings* durch einen tatsächlich in Aussicht genommenen Kreditgeber vor Eintritt in konkrete Kreditverhandlungen oder sogar vor Abschluss des Kredit- und Sicherungsvertrags in Grenzen zu halten.[2338] Wer aktiv eine Zustimmungserklärung an das Register absenden muss, stellt sich wohl eher die Frage, ob dieser Schritt zum gegenwärtigen Zeitpunkt (bereits) erforderlich ist.

All dies trägt – wie auch die in Abschnitt 3. angesprochene obligatorische Haftungserklärung – nicht nur zum Schutz des (wirklichen oder vermeintlichen) Sicherungsgebers bei, sondern entfaltet auch einen generellen publizitätsrelevanten Effekt, indem das Register nach dem DCFR-Modell tendenziell »sauber« gehalten wird. Gänzlich unrichtige Eintragungen werden von Anfang an hintangehalten, noch nicht notwendige möglicherweise aufgeschoben, drohende Haftungsfolgen

---

Willen des (vermeintlichen) Sicherungsgebers zu unterlassen. – Zum Vergleich mit dem belgischen System am Ende dieses Abschnitts bei FN 2343.

2335 Vgl Comment A zu IX.–3:309, DCFR Full Edition 5508; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 440 f; *Veneziano* in *Schmidt-Kessel,* Der Gemeinsame Referenzrahmen 125 (133). Zustimmend zur *consent*-Voraussetzung ferner *Hamwijk,* Publicity 353; *Kreuzer* in *Basedow/Remien/Wenckstern,* Europäisches Kreditsicherungsrecht 31 (58); vgl auch *Macdonald,* ZEuP 2009, 745 (774: *»The innovative feature …«).*

2336 Hierzu etwa *Hamwijk,* Publicity 212 f mwN.

2337 *Hamwijk,* Publicity 353 f weist mit Recht darauf hin, dass der Fokus des DCFR-Ansatzes damit richtigerweise darauf liege, derartige Versuche im Ansatz zu unterbinden, anstatt *bogus filings* nachträglich zu beseitigen, wie dies im US-Recht gegenwärtig der Fall ist.

2338 Vgl neuerlich *Hamwijk,* Publicity 353.

werden Anreiz zur sorgfältigen Fassung des Eintrags geben. Dieses Thema wird sich in den nachfolgenden Abschnitten noch fortsetzen.

So positiv diese Effekte zu bewerten sind, die exakte **Funktionsweise** des geplanten *consent*-Kriteriums ist durch den insoweit rudimentären Artikeltext und die Erläuterungen derzeit eher nur in Ansätzen geklärt: IX.–3:309(1) DCFR besagt im Wesentlichen nur, dass die Zustimmungserklärung direkt gegenüber dem Register abzugeben ist, IX.–3:306(1)(d) DCFR lässt erkennen, dass die Erklärung bereits vorliegen muss, wenn der Eintrag in das Register »eingetragen« wird *(»An entry can be entered into the register only if … the requirements of consent are fulfilled«).* Naheliegend und mit diesem Regelungsgerüst kompatibel scheint mir eine Umsetzung dergestalt, dass der Gläubiger den Registereintrag in einer Online-Eingabemaske zunächst bis auf die Voraussetzung der Zustimmung des Sicherungsgebers vervollständigt, die Daten daraufhin abgespeichert werden und der identifizierte Sicherungsgeber vom Register automatisch auf elektronischem Weg darauf hingewiesen wird, dass dieser bestimmte (vorläufige) Registereintrag vorliegt und zum Abschluss des Registrierungsprozesses seiner Zustimmung bedarf. Erfolgt die Zustimmung und sind alle Registrierungsvoraussetzungen damit erfüllt, wird die Eintragung vom Register automatisch freigeschaltet und damit abrufbar. Auf diesem Wege ließen sich alle oben angesprochenen Kontrolleffekte sehr gut erzielen.

Nach den Comments sollen allerdings Zustimmungserklärungen mit verschieden weitem Inhalt möglich sein. Neben der Zustimmung mit ganz bestimmtem Inhalt (der das vorstehend skizzierte Modell entspräche) nennen sie die Möglichkeit einer unbeschränkten Zustimmung zugunsten eines bestimmten Gläubigers und schließlich Mischformen in Gestalt teilweise beschränkter Zustimmungserklärungen.[2339] Gerade die genannte unbeschränkte Zustimmungsmöglichkeit kann einige der oben besprochenen Effekte des *consent*-Erfordernisses wieder einigermaßen relativieren. Sie wäre zwar technisch leicht durchführbar, da einziges Kontrollkriterium ein bestimmter Sicherungsnehmer wäre, liefe der Grundidee der *consent*-Voraussetzung – wenn man ihr über die Abwehr mutwilliger Falscheinträge hinaus Bedeutung beimisst – aber doch tendenziell zuwider. Eine fortgesetzte rechtspolitische Diskussion zu diesem Fragenkreis wäre angezeigt.[2340] Für die in den Comments angesprochenen Mischformen wäre unter anderem die technische Umsetzbarkeit zu klären, damit ein rein elektronischer Abgleich zwischen im Voraus erklärter Zustimmung durch den Sicherungsgeber und späterem *filing* durch den Gläubiger möglich ist.

2339 Comment C zu IX.–3:309, DCFR Full Edition 5509 f.

2340 In bestimmten Konstellationen mag es praktischen Bedarf nach derart weiten Vorab-Zustimmungserklärungen durchaus geben. Als Leitbild, auch als Anknüpfungspunkt für eine AGB-Inhaltskontrolle, erscheinen sie mir nicht angemessen.

In jedem Fall kann eine bereits erteilte Zustimmung durch Erklärung gegenüber dem Register jederzeit und ohne Begründung widerrufen werden.[2341] Der Widerruf wirkt nur für die Zukunft, beeinträchtigt die Wirksamkeit eines bereits bestehenden Registereintrags also nicht (siehe jeweils IX.–3:309(1) DCFR).

Insgesamt ist die Voraussetzung einer separaten Zustimmungserklärung an das Register trotz des aufgezeigten noch bestehenden Klärungsbedarfs mE positiv zu **bewerten.** Es schafft jedenfalls grundsätzlich einen probaten Ausgleich zu der aus Effizienzgründen unterbleibenden formellen Prüfung von Eintragungsansuchen durch die Registerstelle, die auf das Vorliegen einer Zustimmung des Sicherungsgebers zum Sicherungsvertrag achten könnte (wie das in etlichen der oben untersuchten Rechtsordnungen der Fall ist).[2342] Es liegt nahe, dass gerade aus Perspektive der österreichischen Rechtstradition ein Bedarf gesehen wird, die Zustimmung des Sicherungsgebers zur Durchführung eines Registereintrags jedenfalls in irgendeiner Form sicherzustellen. Vor allem wenn das Registersystem grundsätzlich ein *advance filing* zulässt (sodass ein abgeschlossener Sicherungsvertrag noch nicht notwendig vorliegen muss), scheint hierfür die direkte Zustimmungserklärung gegenüber dem Register die beste Lösung zu sein. Aber selbst wenn ein *notice-filing*-System eine Registrierung vor Abschluss des Sicherungsvertrags nicht vorsieht, kann es ohne zusätzliches Instrumentarium wie eine separate *consent*-Voraussetzung nicht sicherstellen, dass der Sicherungsgeber tatsächlich der Bestellung und Registrierung zugestimmt hat. Ein Beispiel hierfür liefert das neue belgische Registermodell: Zwar hat die Eintragung auf Grundlage eines (offenbar: bereits abgeschlossenen) Sicherungsvertrags zu erfolgen. Ob es diesen – überhaupt oder mit den ins Register eingetragenen Inhalten – tatsächlich gibt, kann das elektronische Register nicht prüfen. Unautorisierte Eintragungen können damit jedenfalls vom (vermeintlichen) Sicherungsgeber selbst im Vorhinein nicht verhindert werden.[2343]

2341 Dieser Bestimmung wird man zwingenden Charakter beimessen müssen.

2342 Vgl die näheren Ausführungen in Kapitel IV zum niederländischen, französischen und englischen Recht, nach denen Grundlage der Registrierung jeweils der zwischen den Parteien abgeschlossene Sicherungsvertrag ist. Nach niederländischem Recht etwa muss die der Eintragung zugrundeliegende Urkunde vom Sicherungsgeber unterschrieben sein, das Dokument wird dem Registrierungsbeamten vorgelegt (siehe IV.B.3.a. unter 2. bzw 3.). Nach dem neuen französischen Recht setzt die Registrierung eines Fahrnispfands ebenfalls die Vorlage des schriftlichen Sicherungsvertrags beim zuständigen Gericht voraus (vgl IV.C.2.d.(ii.) zum Schriftformgebot und IV.C.2.e.(i.) zur Registrierung). Das englische Registrierungssystem für von Kapitalgesellschaften bestellte Sicherheiten hat zwar mit der Reform von 2013 die Prüfaufgaben der Registerstelle reduziert, sieht aber nunmehr die Aufnahme einer elektronischen Kopie der Pfandbestellungsurkunde ins Register selbst vor (wenngleich diese nicht unbedingt eine Unterschrift enthalten muss; siehe IV.E.3.c.).

2343 Vgl oben IV.D.4.b. unter 3. Gegenüber völlig fingierten Eintragungen ohne jegliche Beteiligung des Sicherungsgebers schützt mittelbar die Voraussetzung, dass jede Eintragung eine vorherige Authentifizierung des Nutzers erfordert (vgl IV.D.4.a.). Damit sollte der Eintragende identifizier-

(ii.) Weitere Einzelheiten

In Zusammenhang mit den Registrierungsregeln des DCFR sind einige weitere Einzelheiten kurz hervorzuheben, die dieses Modell in Hinblick auf Rechtssicherheit, Effizienz und die insgesamt generierte Publizitätswirkung gegenüber anderen Registersystemen, namentlich nach Article 9 UCC, auszeichnen.[2344] Zur Nutzung des Registers im Allgemeinen ist festzuhalten, dass jegliche Erklärung gegenüber dem online geführten Register eine vorherige **Authentifizierung** erfordert *(authentication,* IX.–3:304 DCFR).[2345] Die Voraussetzung gilt gleichermaßen für Erklärungen des Sicherungsnehmers, beispielsweise für jede Eintragung, Ergänzung oder Löschung eines Sicherungsrechts im Register, wie auch für Erklärungen des Sicherungsgebers, namentlich die Erklärung seines *consent.* Zur technischen Ausgestaltung des Authentifizierungsvorgangs findet sich im Regelungstext naturgemäß nicht viel Näheres; die Ausgestaltung wäre in Hinblick auf die sich ständig weiterentwickelnden Möglichkeiten erst konkret vorzunehmen. Gedacht ist an die Eingabe von seitens der registerführenden Stelle zur Verfügung gestellten Anmeldedaten oder die Nutzung allgemeiner sicherer Online-Identifizierungssysteme, sofern verfügbar (IX.–3:304(2)(a) bzw (b) DCFR). Wesentlich ist in beiden Fällen eines, und zwar, dass vor erstmaligem Gebrauch dieser Authentifizierungsmerkmale die Identität sowie die Kontaktdaten des Nutzers verifiziert werden.[2346]

Dies wirkt sich auf zwei Ebenen positiv aus: Zum einen ist jeder, der als Sicherungsnehmer einen Eintrag durchführt, eindeutig identifizierbar. Sollte also doch der Versuch eines missbräuchlichen Eintrags unternommen werden, kann der Urheber sofort ermittelt und zur Verantwortung gezogen werden. Dies sollte abschreckende Wirkung entfalten. Hierin liegt also – neben der bereits erwähnten Voraussetzung einer separaten formellen Zustimmungserklärung des Sicherungsgebers – eine zweite, mutmaßlich recht effektive Maßnahme zur Unterbindung missbräuchlicher Eintragungen.[2347] Im Ergebnis hält dies das Register tendenziell »sauber«, also frei von materiell unzutreffenden Einträgen, wovon der Informationswert des Registers insgesamt und damit sein Publizitätseffekt im Allgemeinen profitieren.

---

bar sein (Näheres ist allerdings erst durch Verordnung zu regeln) und kann allenfalls haftbar gemacht werden. Vgl zu diesem Ansatz auch sogleich im nachfolgenden Kapitel.

2344 Diese (und weitere, teilweise vorstehend bereits erwähnte) Gesichtspunkte hat *Hamwijk,* Publicity 350 ff herausgearbeitet. Sie werden hier nur kurz reflektiert.

2345 Die Regelung gilt wohlgemerkt nur für *Erklärungen* gegenüber dem Register. Die *Abfrage* steht ohne einschränkende Voraussetzungen jedermann offen; lediglich eine Gebühr ist zu entrichten (IX.–3:317 DCFR).

2346 IX.–3:304(1)(a) DCFR spricht für den Fall der Nutzung von Anmeldedaten des Registers von der Notwendigkeit eines ursprünglichen *enrolment* im Register, im Zuge dessen Identität und Kontaktdaten des Nutzers festgestellt werden.

2347 Siehe *Hamwijk,* Publicity 352 f.

Zum anderen ist damit auch die Identität des Sicherungsgebers gewissermaßen aktenkundig, dh im Registersystem abgespeichert. Hieran knüpft IX.–3:306(1)(a) DCFR an, wo verlangt wird, dass sich ein Registereintrag stets auf einen »**identifizierten Sicherungsgeber**« beziehen muss. In Hinblick auf die praktische Umsetzung bietet sich an, wie im Register nach dem englischen Companies Act und im neuen französischen *gage*-Register eine elektronische Verknüpfung mit dem nationalen Handelsregister (oder einem europäischen Äquivalent) zu schaffen. Nach beiden Systemen erscheinen bei Eingabe der Handelsregisternummer oder eines Firmenbestandteils des gesuchten Unternehmens das bzw sämtliche registrierte Unternehmen, auf das bzw die das eingegebene Kriterium zutrifft.[2348] Bei Namensähnlichkeit kann auf diese Weise eine Auswahl aufgrund der tatsächlich maßgebenden Firmenbezeichnung bzw -nummer oder weiterer Identifikationskriterien wie der Adresse vorgenommen werden. Verwechslungen sollten sich hierdurch bei sorgfältigem Vorgehen nahezu ausschließen lassen. So kann einerseits der gesicherte Gläubiger bei der Vornahme einer neuen Registrierung sichergehen, den Eintrag gegen den »richtigen« Sicherungsgeber vorzunehmen und damit die Drittwirksamkeit seines Rechts sicherzustellen. Umgekehrt hat der interessierte Dritte bei der Registerrecherche Gewissheit, dass sich seine Abfrage auf den »richtigen« Schuldner bezieht. Gegenüber dem UCC-System, das auf dem vom Sicherungsnehmer im Registrierungsantrag *(financing statement)* angeführten Namen des Sicherungsgebers aufbaut (der nicht notwendigerweise der richtige ist, fehlerhaft in das Antragsformular eingetragen oder vom Registerbeamten fehlerhaft ins Register übertragen werden kann), stellt dies einen beträchtlichen Fortschritt in punkto Rechtssicherheit, Effizienz und letztlich Publizitätswirkung dar.[2349]

(iii.) Ergänzung und Löschung

Weitere Vorkehrungen, das Register im Interesse des Sicherungsgebers und von Drittinteressenten »sauber« zu halten, ergeben sich aus folgenden Bestimmungen: Beide Parteien, insbesondere also auch der Sicherungsnehmer, erhalten unmittelbar nach Registrierung eines neuen Eintrags oder einer Ergänzung zu einem solchen automatisch ein »Zertifikat« über diesen Vorgang (IX.–3:313 DCFR). Dieses kann Informations- wie Beweiszwecken dienen;[2350] im vorliegenden Fall interessiert der erste Aspekt: Der Sicherungsgeber erhält auch dann, wenn er seinen *consent* in Form einer Globalzustimmung für alle künftigen Eintragungen durch

2348 Siehe die »WebCheck«-Funktion des englischen Companies House unter <https://wck2.companieshouse.gov.uk/wcframe?name=accessCompanyInfo> bzw <https://www.infogreffe.fr/societes/recherche-gage-sans-depossession> für das französische *gage*-Register.

2349 Vgl auch hierzu wieder *Hamwijk,* Publicity 336, 341, 350 f.

2350 Comments zu IX.–3:313, DCFR Full Edition 5514.

den bestimmten Gläubiger erteilt haben sollte, sofort Kenntnis vom Umstand und Inhalt der erfolgten Eintragung. Sollte diese über das Verabredete hinausgehen, zB den Umfang des Sicherungsguts zu weit umschreiben, kann er reagieren und auf eine Richtigstellung des Registerstands hinwirken.

Zu diesem Zweck hat der Sicherungsgeber gemäß IX.–3:315 gegen den Gläubiger einen **Anspruch auf Löschung oder Ergänzung** eines bestehenden Eintrags, wenn und soweit ein entsprechendes Sicherungsrecht materiell nicht existiert. Neben der oben angesprochenen ursprünglich unrichtigen Eintragung betrifft der Anspruch insbesondere den Fall, dass das Sicherungsrecht durch Tilgung der gesicherten Forderung materiell erloschen ist (IX.–6:101(2) DCFR). Ist der Eintrag nicht gänzlich zu beseitigen,[2351] sondern teilweise von einem materiell bestehenden Sicherungsrecht gedeckt, ist mittels Ergänzung des bestehenden Eintrags vorzugehen *(amendment,* IX.–3:311 DCFR).[2352] Wesentlich ist, dass durch Ergänzung die Rechte des Gläubigers nicht ausgeweitet werden dürfen; wäre dies bezweckt, muss ein neuer Eintrag vorgenommen werden. Gegenstand einer solchen Ergänzung kann also insbesondere eine Reduktion der vom Sicherungsrecht erfassten Vermögenswerte sein.[2353] Das Register behält, wie weiter oben bereits erwähnt, den ursprünglichen Eintragungsinhalt bei und fügt dem den Inhalt der Ergänzung sowie den Zeitpunkt der Ergänzung hinzu.[2354]

Den Anspruch auf Löschung oder Ergänzung eines Registereintrags muss der Sicherungsgeber grundsätzlich vor den ordentlichen Gerichten durchsetzen,[2355] allerdings setzt Buch IX mit der erörterten Schadenersatzpflicht sehr wohl auch Anreize für den Gläubiger, einen materiell unrichtigen Eintrag freiwillig zu korrigieren.[2356] Daneben stellt der DCFR in IX.–3:316 ein spezielles *»review«*-Verfahren unter Einschaltung der Registerstelle zur Verfügung, im Zuge dessen der vom Sicherungsgeber in Zweifel gezogene Eintrag gelöscht oder antragsgemäß ergänzt wird, wenn der Gläubiger dem nicht innerhalb von zwei Monaten widerspricht. Im Fall eines rechtzeitigen Widerspruchs wird der betreffende Registereintrag mit dem Vermerk »bestritten« *(contested)* versehen, bis eine einvernehmliche Lösung erzielt oder die Frage im Prozesswege geklärt ist.[2357]

2351 Zur Löschung siehe IX.–3:327 DCFR; sie erfolgt durch Erklärung seitens des gesicherten Gläubigers gegenüber dem Register.

2352 Das Procedere ähnelt jenem beim ursprünglichen Eintrag: Die Ergänzung wird vom gesicherten Gläubiger vorgenommen, muss sich auf einen identifizierten Sicherungsgeber beziehen und neben dem eigentlichen Inhalt der Ergänzung eine Haftungserklärung des Gläubigers enthalten. Vgl IX.–3:311(1) und (2) DCFR.

2353 Vgl IX.–3:311(4) und (5) DCFR.

2354 Vgl IX.–3:311(3) DCFR, *»add-on«*-Verfahren (vgl bereits oben V.D.2.a. unter 3. bei FN 2317).

2355 Vgl Comments zu IX.–3:315, DCFR Full Edition 5516.

2356 Zustimmung bei *Hamwijk,* Publicity 354.

2357 Insoweit vergleichbar sieht der österreichische Entwurf von 2007 vor, dass anfänglich unrichtige Eintragungen bzw bereits erfolgte Löschungen während der Dauer eines diesbezüglichen

c. *Informationsgrad des Registers und weitere Nachforschungen*

(i.) Überblick

Die Untersuchung wendet sich nun der Frage zu, worüber das Publizitätssystem des DCFR interessierten Dritten Informationen bereitstellt, wie detailliert diese Informationen sind und wem sie unter welchen Bedingungen zugänglich gemacht werden. Wie erinnerlich, verfolgt der DCFR insoweit ein zweistufiges Informationssystem: Bestimmte, nicht allzu genaue und vor allem nicht notwendigerweise materiell richtige Informationen kann **jedermann** aus dem online zugänglichen Register beziehen. Hierfür ist lediglich eine (geringe) Gebühr zu entrichten; einer Zustimmung des Sicherungsgebers oder des Sicherungsnehmers bedarf es nicht (IX.–3:317 DCFR), es ist auch kein wie immer geartetes »rechtliches Interesse« zu bescheinigen. Die Regelungen des DCFR sehen für die Durchführung von Registerabfragen ferner keine Authentifizierung des Drittinteressenten vor. Auch hierbei wird es sich um eine bewusste Entscheidung handeln; schließlich soll das Register als Informationsquelle für Nutzer nicht nur aus Europa und durchaus auch unter Einschluss von Verbrauchern dienen, die sich zB ein zumindest grobes Bild über die wirtschaftliche Lage eines Kfz-Händlers verschaffen wollen. Insofern sollen keine bürokratischen Zugangshürden, die bei präsumtiv seltener Registernutzung vielleicht gescheut würden, errichtet werden.

In diesem Sinne allgemein im Register zugänglich ist folgende Mindestinformation:[2358]

a. Name und Kontaktdaten des **Sicherungsgebers;**
b. Name und Kontaktdaten des gesicherten **Gläubigers;**
c. den **Zeitpunkt der Registrierung;** und
d. eine »**Minimalangabe**« *(minimum declaration)* betreffend das **Sicherungsgut** sowie – ausgewählt aus einer vorgegebenen Liste – eine Angabe darüber, zu welcher **Kategorie** (oder welchen Kategorien) von Vermögenswert(en) das Sicherungsgut gehört.

Freiwillig können die Parteien darüber hinaus folgende zusätzliche Inhalte im Register ersichtlich machen:[2359]

e. **zusätzliche Informationen** in Bezug auf das **Sicherungsgut** oder den **Inhalt des Sicherungsrechts;**

Rechtsstreits bestehen bleiben sollen, aber eine der Streitanmerkung entsprechende Eintragung im Register ermöglicht wird. Siehe Empfehlungen 5.3.1. und 5.3.2. sowie § 35 Abs 2 MSG-E bei *Schauer,* Register 39 f, 69 ff.

2358 IX.–3:308(a)–(d) DCFR mit teilweisem Verweis auf IX.–3:306(1)(b) und (c) DCFR.

2359 IX.–3:307 DCFR.

f. ein **Ablaufdatum** des Sicherungsrechts, vorausgesetzt dieses liegt vor dem Ende der Maximalfrist von fünf Jahren; und
g. einen **Höchstbetrag**, bis zu dem das Sicherungsgut haftet.

Die im Register aufscheinenden Informationen betreffend das Sicherungsrecht sind wie mehrfach betont nicht konstitutiv. Das Sicherungsrecht könnte zB noch nicht entstanden sein (Fall des *advance filing),* überhaupt nie entstehen (Vertretungsmangel bei Vertragsabschluss, Scheitern von Kreditverhandlungen nach *advance filing)* oder durch Anfechtung des Sicherungsvertrags wieder wegfallen, ferner in zu weitem Umfang registriert worden sein, endlich durch teilweise Tilgung nur noch zum Teil ausgenutzt oder durch vollständige Tilgung materiell bereits erloschen sein. Das Register gibt zwar eine Warnung, verschafft aber nicht vollkommene Sicherheit. Hat der Drittinteressent Bedarf an **zusätzlichen Informationen**, kann er weitere Erkundigungen anstellen. Er kann sich hierzu im Grunde an wen immer wenden, zB an den Sicherungsgeber oder einen Kreditschutzverband; rechtlich geregelt ist im DCFR aber nur ein solcher potentieller Informationskanal, nämlich jener des gesicherten Gläubigers. Dieser ist uU zur Auskunft verpflichtet, wesentliche Voraussetzung hierfür ist die Zustimmung des Sicherungsgebers.[2360] Damit hat es der Sicherungsgeber in der Hand, wer nähere und validere Informationen über potentiell sensible Inhalte erhält, namentlich über die vom Sicherungsrecht erfassten Vermögenswerte und zur gesicherten Forderung.

Die nachfolgende nähere Untersuchung befasst sich im Wesentlichen mit diesen beiden Informationsinhalten: dem erfassten Sicherungsgut und der gesicherten Forderung. Es handelt sich hierbei – neben der grundsätzlichen Frage, ob das Sicherungsrecht überhaupt besteht oder nicht – um die aus Sicht nachfolgender Drittinteressenten zentralen Entscheidungsgrundlagen. Es geht hier zudem um sehr grundlegende rechtspolitische Fragen über das Ausbalancieren des Registersystems. Für die Bewertung empfiehlt sich ein vergleichender Blick auf die in Kapitel IV untersuchten weiteren europäischen Registersysteme sowie auf den 2007 von einer Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts vorgelegten Entwurf eines »Gesetzes über ein Register für Mobiliarsicherheiten« (MSG-E).[2361]

(ii.) Information zum erfassten Sicherungsgut und Bestehen des Sicherungsrechts

(α) Informationswert hinsichtlich des erfassten Sicherungsguts

1. Die Intensität jener Informationen, die interessierten Dritten in Bezug auf das erfasste Sicherungsgut in den verschiedenen hier untersuchten Registersys-

2360 Siehe IX.–3:319 f DCFR betreffend das Sicherungsrecht und die genaue Bezeichnung des Sicherungsguts sowie IX.–5:401 DCFR in Hinblick auf die gesicherte Forderung.

2361 Kurz vorgestellt oben V.A.3. unter 1.

temen eröffnet werden, umfasst eine erhebliche Bandbreite:[2362] Manche dieser Systeme stellen diesbezüglich **überhaupt keine Informationen** zur Verfügung. Hierunter fällt das **niederländische** Modell eines »stillen Pfandrechts«. Das Register enthält dort keinerlei Informationen über das Sicherungsgut, es ist auch für Drittinteressenten gar nicht zugänglich und daher für Publizitätszwecke ungeeignet. Solche Zwecke werden mit diesem Register freilich gar nicht verfolgt; es dient lediglich der Unterbindung betrügerischen Rückdatierens und – ex post – der Ermittlung von Prioritätsverhältnissen.[2363] Ebenfalls ungeeignet für die Erfüllung von Publizitätsfunktionen ist das neue **französische Treuhandregister**, in das auch Sicherungstreuhandschaften einzutragen sind. Auch in diesem Register erfolgen in Bezug auf Mobilien keine Angaben zum Sicherungsgut, auch dieses Register steht Drittinteressenten nicht offen.[2364] Gemessen an dem hohen Stellenwert, der dem Publizitätsaspekt im österreichischen Mobiliarsicherungsrecht traditionell zukommt, liegt eine Orientierung an diesen Modellen nicht nahe (am niederländischen allenfalls dann, wenn sich alle anderen Registersysteme als völlig unbrauchbar erweisen sollten, weil das niederländische Modell immerhin eine besitzlose Pfandrechtseinräumung ermöglicht und für bestimmte sachenrechtlich wichtige Aspekte durchaus geeignet ist).

Die anderen untersuchten Modelle sind jedenfalls im Ergebnis eher am gegenteiligen Ende der Skala angesiedelt: Das neue **französische *gage*-Register** bestätigt im ersten Suchgang zwar lediglich, ob ein solches Registerpfandrecht an einer bestimmten Güterkategorie besteht. Der Drittinteressent kann bei der zuständigen Gerichtskanzlei jedoch sofort nähere Informationen anfordern, die dann offenbar eine **relativ genaue Identifizierung des Sicherungsguts** beinhalten. Diese Information wird in Form einer Kopie des bei der Registrierung einzureichenden Formblatts erteilt.[2365] Dieses muss nach der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung eine Bezeichnung des Sicherungsguts mit Angabe jener Parameter enthalten, die seine Identifizierung zulassen; insbesondere seine »Natur«, den Belegenheitsort und, sofern relevant, die Marke oder Seriennummer; oder, wenn es sich um eine Gesamtheit gegenwärtiger oder zukünftiger Sachen handelt, deren Natur, Qualität und Quantität.[2366] Eine Bewertung dieses Informationsgrads soll unten gemeinsam mit jenem der anderen verbleibenden Registermodelle erfolgen. Das Modell des *gage*-Registers sollte allerdings im Zuge von Reformüberlegungen zum österreichischen Recht jedenfalls in einem Punkt nicht aufgegriffen werden, und zwar in der grundsätzlichen Ausgestaltung des Recherchevorgangs:

2362 Vgl unter dem Gesichtspunkt des Grads der erforderlichen Individualisierung auch die Erörterung oben V.C.2.a.(i.) unter 2.
2363 Näher oben IV.B.3.a.
2364 Vgl oben IV.C.3.c.(ii.), insbesondere unter 2.
2365 Siehe oben IV.C.2.e.(ii.) mit FN 1276.
2366 So Art 2 Ziffer des *décret* n° 206-1804; Überblick oben IV.C.2.e.(i.).

Dieser ist insoweit[2367] wenig benutzerfreundlich, als zu einem konkreten potentiellen Sicherungsgeber nicht einfach eine Abfrage über die bei diesem allenfalls registrierten Pfandrechte erfolgen kann, sondern als Suchkriterium neben der Person des Sicherungsgebers stets auf eine (dh zugleich: maximal eine) von 17 Güterkategorien angegeben werden muss. Die Abfrage zu einem Schuldner muss also in 17 Teilabfragen erfolgen.[2368] Insoweit erweist sich das im DCFR, im englischen Handelsregister und im MSG-E verfolgte Modell der Abfrage nach einem bestimmten Sicherungsgeber als weitaus praktikabler und – neben der Suchmöglichkeit nach einer konkreten Sache nach individuellen Kriterien wie einer Seriennummer[2369] – letztlich als einzig sinnvoll.

Ein zweistufiges Informationsmodell (unter anderem) in Bezug auf das erfasste Sicherungsgut sieht ferner das **englische Registersystem** nach dem Companies Act 2006 in der Fassung der Reform von 2013 vor: Aus den *prescribed particulars,* die traditionellerweise dem ersten Überblick dienen, gehen Hinweise auf das konkret erfasste Sicherungsgut kaum bzw im Wesentlichen nur insoweit hervor, als anzugeben ist, ob es sich um eine *floating charge* handelt und ob diese das gesamte Gesellschaftsvermögen umfasst oder nicht. Bei Nicht-*floating-charges* ist eine kurze Beschreibung nur bei See- und Luftfahrzeugen sowie bei geistigen Eigentumsrechten anzugeben; ansonsten lediglich, ob es sich um körperliche oder unkörperliche Vermögenswerte handelt. Als zweite Informationsquelle ist seit der Reform 2013 allerdings auch der Sicherungsvertrag selbst aus dem elektronischen Register beziehbar und damit die dort vereinbarte Umschreibung des Sicherungsguts allgemein einsichtig. Das können im Einzelfall durchaus sehr konkrete Informationen sein, wiewohl offenbar keine näheren Vorschriften in Bezug auf die notwendige Individualisierung des Sicherungsguts existieren.[2370]

Eindeutige Identifizierbarkeit der pfandbelasteten Vermögenswerte aus dem Registereintrag selbst verlangt im Ergebnis offenbar auch das **neue belgische Recht**. Die Regelung scheint darauf hinauszulaufen, dass die Konkretisierung im Register jener im Sicherungsvertrag entspricht.[2371] Gleich strenge Identifizierungs-

2367 Grundsätzlich gut gelöst ist hingegen die Verknüpfung mit dem Handelsregister zur eindeutigen Identifizierung des Sicherungsgebers; vgl oben V.D.2.b.(ii.) aE mit FN 2348.

2368 Zum *gage*-Register insgesamt siehe die ausführlichere Darstellung unter IV.C.2.e.

2369 Als alternative Suchform möglich nach IX.–3:318 DCFR. Die Suche anhand einer Seriennummer eröffnet ferner section 172(e) des neuseeländischen Personal Property Securities Act 1999. Abfrage allein anhand des Sicherungsgebers ist hingegen zB nach UNCITRAL Legislative Guide 171 vorgesehen. Als alternatives Suchkriterium hierzu sieht Art 22 UNCITRAL Model Registry Provisions lediglich die Registrierungsnummer des ursprünglichen Registereintrags vor.

2370 Näher oben IV.E.3.c.

2371 Vgl oben IV.D.4.b. unter 1. und insbesondere unter 5. Ob jedermann uneingeschränkt Zugang zum Register erhalten wird, war im Übrigen Gegenstand langwieriger Verhandlungen im Rechtssetzungsprozess; siehe IV.D.4.c.(ii.).

anforderungen für Sicherungsvertrag und Registereintrag sehen auch der **UNCITRAL Legislative Guide** sowie das **UNCITRAL Model Law** vor. Schon im Guide besteht allerdings das verfolgte Leitbild ganz offenkundig in der (Vereinbarung im Sicherungsvertrag und) Registrierung von generisch definierten Sicherheiten – als Beispiele genannt werden: *»all tangible assets«, »all receivables«* und *»all present and future movable assets«* –, was Rückschlüsse auf den generell erforderlichen Konkretisierungsgrad im Register für den Fall, dass das Sicherungsgut im Bestellungsvertrag nicht mithilfe von »All-Klauseln« definiert sein sollte, nicht eben erleichtert.[2372] Das UNCITRAL Model Law legt sodann die Identifizierungsanforderungen für den Sicherungsvertrag und für das Register einheitlich dahingehend fest, dass die vom Sicherungsrecht erfassten Vermögenswerte *»in a manner that reasonably allows their identification«* umschrieben werden müssen.[2373] Klargestellt wird jeweils, dass *»[a] description that indicates that the encumbered assets consist of all of the grantor's movable assets, or of all of the grantor's movable assets within a generic category«,* diesem allgemeinen Standard genügt.[2374] Im Gegensatz zum DCFR genügt nach diesen Regelungen ein gattungsmäßig formulierter Registereintrag wie »Kraftfahrzeuge« nicht, wenn aus einem größeren Fuhrpark nur einzelne Fahrzeuge belastet werden sollen. Ihre Identifizierbarkeit wäre aus den im Register aufscheinenden Angaben nicht gegeben; wohl aber, wenn durch zusätzliche Angaben welcher Art auch immer eine letztendlich eindeutige Zuordnung möglich ist (zB »alle im Jahr 2020 angeschafften Kraftfahrzeuge«; »die am 3.3., 4.5. und 6.7.2020 angeschafften Kraftfahrzeuge« mit oder ohne Mengen-, Marken- und Typenangaben; »alle gegenwärtigen und zukünftigen Lieferwägen«).[2375]

Die Identifizierung des Sicherungsguts im Register selbst verlangt schließlich der **österreichische MSG-Entwurf** von 2007. In diesem Modell hat die hinreichende Konkretisierung im Register besondere Bedeutung, da der Registereintrag für die Entstehung des Sicherungsrechts **konstitutiv** ist.[2376] Mängel im Register-

---

2372 Siehe UNCITRAL Legislative Guide 170 und Recommendation 63. Danach »genügt« eine Umschreibung, die den Anforderungen an den Sicherungsvertrag entspricht, auch für den Registereintrag. Nachdem der Registereintrag aufgrund des *notice-filing*-Charakters an sich auch weniger präzise sein könnte als der für das Entstehen der Sicherheit konstitutive Sicherungsvertrag, hätte man sich eher eine Aussage über konkrete Minimalanforderungen für die Registrierung selbst erwartet. Besonders hilfreich ist die Erläuterung im Guide daher im Ergebnis nicht.

2373 Siehe übereinstimmend Art 9(1) UNCITRAL Model Law zum Sicherungsvertrag und Art 11(1) UNCITRAL Model Registry Provisions zum erforderlichen Inhalt einer ursprünglichen oder ergänzten *notice* (Registereintrag).

2374 Art 9(2) UNCITRAL Model Law und Art 11(2) UNCITRAL Model Registry Provisions.

2375 Vgl zum letztgenannten Beispiel UNCITRAL Practice Guide 51 (Rn 206). Vgl ferner die Erläuterungen zur Identifizierung im Sicherungsvertrag aaO 42 ff (Rn 168 ff).

2376 Zur konstitutiven Wirkung § 4 MSG-E, zur Individualisierung im Register §§ 5 iVm 29 Z 1 MSG-E. Für die Gültigkeit des Pfandrechts oder Sicherungseigentums erforderlich ist nach § 5 Abs 2 MSG-E, »dass durch objektive Merkmale bestimmt oder bestimmbar ist, auf welche Sachen

eintrag können damit nicht durch eine präzisere Beschreibung im Sicherungsvertrag ausgeglichen werden. Das zwingt den Sicherungsnehmer zur Aufnahme einer möglichst genauen Beschreibung ins Register, was Kritik in verschiedenen Richtungen ausgelöst hat. Zum einen ist die Befürchtung geäußert worden, dass die damit notwendige Datenmenge zu einer Überfrachtung und folglich zur Unübersichtlichkeit des Registers führen könnte.[2377] Der Haupttenor der Kritik hat jedoch eine andere Stoßrichtung: Das genaue Identifizierungserfordernis in einem allgemein zugänglichen Register hat zur Folge, dass sich Dritte – und zwar selbst solche, die mit dem Sicherungsgeber gar nicht in rechtsgeschäftlichen Kontakt zu treten gedenken (zB Konkurrenten) – uU einen relativ genauen Überblick darüber verschaffen können, über welche Betriebsmittel (zB Produktionsmaschinen, Lizenzen) der Sicherungsgeber verfügt. Die Diskussion hat gezeigt, dass es regelmäßig nicht im Interesse des Kreditnehmers liegt, im Wege eines Mobiliarsicherheitenregisters einem theoretisch unbegrenzten Personenkreis Rückschlüsse auf Produktionsmethoden, Kapazitäten oder verfügbares technisches Know-how zu eröffnen. Letztlich war diese Furcht vor der Schaffung eines »**gläsernen Unternehmens**« einer der wesentlichen Gründe dafür, dass der MSG-Entwurf in Industriekreisen, aber auch in der Kreditwirtschaft keine nachhaltige Unterstützung erfahren hat,[2378] obwohl die durch das Register ermöglichte Begründung von besitzlosen Sicherheiten ein ganz unbestrittenes Desiderat darstellt.

In Zusammenhang mit der notgedrungen präzisen Individualisierung des Sicherungsguts in dem vom MSG-E vorgeschlagenen Register sind zudem **datenschutzrechtliche Bedenken** vorgebracht worden. Sie gründen vor allem in der Sorge um zu weitgehende Transparenz des Schuldnerunternehmens (Sicherungsgebers), beschränken sich allerdings nicht auf diesen Aspekt. Auch in das Datenschutzrecht eines Drittschuldners werde eingegriffen, wenn dessen Name oder andere personenbezogene Daten wie etwa die Anschrift zwecks Individualisierung einer verpfändeten Forderung im Register genannt werden (was zB bei

---

sich das Sicherungsrecht bezieht. Bei den zu einem Warenlager gehörigen Gegenständen genügt die Bestimmung des Standorts.« Zum Verständnis dieser Regelung, mit der eine tendenzielle Lockerung des Spezialitätsprinzips gegenüber dem geltenden österreichischen Recht bezweckt ist, vgl *Schauer,* Register 48 f mit Beispielen.

2377 Siehe *Gruber,* ÖJZ 2007, 437 (442). Sein Vorschlag geht dahin, das Mobiliarsicherheitenregister – insoweit dem Modell des Grundbuchs folgend – als Hauptbuch mit ergänzender Urkundensammlung einzurichten, sodass eine Kurzbeschreibung des Sicherungsgegenstands im Hauptbuch mit einer präzisen Beschreibung im Sicherheitenbestellungsvertrag in der Urkundensammlung verknüpft werden kann. Im Ergebnis hat der Drittinteressent somit auch nach diesem Vorschlag Zugriff auf sämtliche Individualisierungsdaten.

2378 Zusammenfassung dieser (weitgehend nicht literarisch vorgetragenen) Kritik bei *Schauer* in FS Kalus 451 (458 f); *Lukas,* ÖBA 2007, 262 (268); *W. Faber,* JBl 2012, 341 (354), dem der Text folgt; vgl auch *Lukas* in *Švestka/Dvořák/Tichý,* Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva 154 (160 f). Auf Grundlage datenschutzrechtlicher Bedenken kritisch vor allem *Appl,* NZ 2007, 161.

der Verpfändung von Mietzinsforderungen schwer anders bewerkstelligt werden kann).[2379] Aus Datenschutzsicht sind daneben gegen die für Mobiliarsicherheitenregister nach dem Personalfoliensystem übliche Abfragemöglichkeit, in einem Recherchegang einen Datensatz über sämtliche bei einer Person eingetragenen Belastungen zu generieren, erhebliche Bedenken geäußert worden.[2380] Als Lösung wurde vorgeschlagen, eine Abfrage nur unter Eingabe zweier Suchkriterien zuzulassen, um die Erstellung des gesamten Datenbilds einer Person möglichst zu erschweren: Einzugeben sei einerseits ein personenbezogener Parameter (Name, Firma, Firmenbuchnummer) und zudem ein sachbezogener Parameter mit hohem, aber nicht individualisierendem Konkretisierungsgrad, konkret eine Codierung anhand von Güterkategorien nach der für statistische und Zollzwecke bestehenden »Kombinierten Nomenklatur« (CN).[2381] Als Beispiel wird angeführt, dass nach einem Lichtbogen-Schweißroboter durch Eingabe des Schuldners sowie des CN-Codes »8515 31 00« zu suchen wäre.[2382] Dieser Ansatz entspricht im Kern jenem des oben als insoweit impraktikabel kritisierten französischen *gage*-Registers (Suche nach Person und Kategorie), treibt die Problematik allerdings insoweit an die Spitze, als der für die Suchabfrage zu verwendende Code aus einer gegenwärtig ca 1.000 EU-Amtsblatt-Seiten starken, freilich noch ergänzungsbedürftigen Liste[2383] zu ermitteln wäre. Ob die vorgetragenen datenschutzrechtlichen Bedenken in der hier referierten Form durchgreifen, begegnet mE Zweifeln, kann allerdings im Rahmen dieser Arbeit nicht näher überprüft werden.[2384] Es liegt aber auf der Hand,

2379 Siehe *Appl,* NZ 2007, 161 (163 f).

2380 So bei *Appl,* NZ 2007, 161 (164 ff, insb 166).

2381 Eingeführt durch VO (EWG) Nr 2658/87 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif, ABl 1987 L 256/1. Die in Anhang I zu dieser VO wiedergegebene Nomenklatur (Zuordnung eines achtstelligen Zahlencodes zu bestimmten Warenbezeichnungen) wird laufend aktualisiert. Unlängst wurde mit Durchführungs-VO (EU) 2020/1577, ABl 2020 L 361/1 eine ab 1.1.2021 geltende Neufassung erlassen, abermals geändert zuletzt (ebenfalls mit Wirkung ab 1.1.2021) im Wege der DurchführungsVO (EU) 2020/2159, ABl 2020 L 431/34.

2382 Siehe *Appl,* NZ 2007, 161 (166 f). Die Codierungsnummer wäre bei der Registrierung des Sicherungsrechts ins Register einzutragen.

2383 Die in FN 2381 genannte Durchführungs-VO (EU) 2020/1577 umfasst 1063 Seiten; die unter »8515 31 00« gelisteten »voll- oder teilautomatischen Maschinen, Apparate und Geräte zum Lichtbogen- oder Plasmaschweißen von Metallen« finden sich im Übrigen auf S 610 dieser VO. Die Liste der Codes wäre allerdings für Zwecke eines Mobiliarsicherheitenregisters insoweit zu ergänzen, als dort so wesentliche Vermögenswerte wie Forderungen, Immaterialgüterrechte, Wertpapiere und Gesellschaftsanteile nicht berücksichtigt sind.

2384 Zweifel bestehen schon deshalb, weil *Appls* Untersuchung bei der Frage eines berechtigten Interesses abfragender Dritter – der früheren Diskussion zum EDV-Grundbuch entsprechend – in erster Linie am bestimmten Sicherungsgegenstand anknüpft und nicht am (belasteten oder lastenfreien) Mobiliarvermögen eines Schuldners insgesamt, das aber gerade für potentielle ungesicherte Gläubiger von zentralem Interesse wäre (vgl *Appl,* NZ 2007, 161 [165 f]). Besteht schon bei der Bewertung des Datennutzer- bzw Abfragerinteresses ein grundlegendes Missverständnis, wirkt sich dies natürlich auch auf das Ergebnis der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung aus.

dass ein derart gestaltetes Mobiliarsicherheitenregister nicht nur aus der Abfrageperspektive, sondern auch bei der Vornahme von Eintragungen hochgradig ineffizient und aufgrund eines enormen Fehlerpotenzials bei der Kategorisierung durch oftmals fachfremde Akteure außerordentlich unsicher wäre. In stärkerem Maße kategorienübergreifende Sicherheitenbestellungen an Sachgesamtheiten (etwa einer Betriebseinrichtung) wären praktisch wohl ausgeschlossen.

Ebenso auf der Hand liegt allerdings, dass all jene europäischen Registermodelle, die letztlich eine wirkliche Konkretisierung des Sicherungsguts aus dem Register ermöglichen,[2385] den in Österreich vorgebrachten Bedenken in Hinblick auf übermäßige Schuldnertransparenz in ganz ähnlicher Weise begegnen wie der MSG-E. Auch wenn man in Hinblick auf allfällige datenschutzrechtliche Unzulässigkeit – also auf einer rein rechtlichen Ebene – die Sorge gegenüber dem Geschilderten vermutlich etwas herunterfahren kann: Das Missbehagen angesichts der Vision eines »gläsernen Schuldners« scheint letztlich Ausdruck eines typischen österreichischen Unternehmer-Selbstverständnisses zu sein. Wollen Reformüberlegungen Akzeptanz erfahren, wird es sinnvoll sein, solche Bedenken im Grundsatz ernst zu nehmen.

2. In diesem Sinne interessiert besonders, wie sich das **DCFR-Modell** in Hinblick auf die Besorgnis »gläserner Unternehmen« positioniert. Schon aus bisher Gesagtem ergibt sich, dass der DCFR insoweit eine **Mittelposition** einnimmt: Das Register weist lediglich eine *minimum declaration as to the encumbered assets* verbunden mit einer oder mehreren Kategorieangaben aus, die durch Anklicken in einer online verfügbaren Liste auszuwählen sind.[2386] Die *minimum declaration* verlangt, wie weiter oben bereits näher herausgearbeitet,[2387] keine individuelle Identifizierung oder detaillierte Beschreibung des Sicherungsguts und trägt im Ergebnis wenig zur Konkretisierung des Sicherungsguts bei. Ähnliches gilt für die – im Detail freilich erst zu entwickelnden – Kategorieangaben,[2388] die notgedrungen keine individualisierenden Kriterien wie Orts-, Mengen-, Marken- oder Wertangaben enthalten. Dass der Sicherungsgeber über einen konkreten Typus von Produktionsmaschine, über eine konkrete Lizenz, eine bestimmte Quantität an Lagerbeständen oder über sonstige konkrete Vermögenswerte verfügt, die Rückschlüsse auf unternehmensinterne Verfahren und Kapazitäten erlauben könnten, ergibt sich aus dem Register damit grundsätzlich nicht. Welche Vermögenswerte konkret von der Belastung erfasst sind, erschließt sich dem Drittinteressenten (außer

2385 Also wie oben referiert das französische *gage*-Register sowie das englische, belgische und uU das vom UNCITRAL Legislative Guide bzw UNCITRAL Model Law propagierte Modell.
2386 IX.–3:308(d) iVm IX.–3:306(1)(b) und (c) DCFR.
2387 Siehe V.C.2.a.(i.) unter 2.
2388 Auch zu diesen ausführlich oben V.C.2.a.(i.) unter 2.

bei freiwilligen Mehrangaben durch die Parteien im Register) erst im Zuge weiterer Nachforschungen beim Gläubiger gemäß IX.–3:319 f DCFR. Ob der Dritte diese Informationen tatsächlich erhält, bestimmt wie gesehen der Sicherungsgeber, da die Auskunftspflicht des Gläubigers an die Zustimmung des Sicherungsgebers geknüpft ist. Damit trägt der DCFR den gerade in Österreich möglicherweise stärker als anderswo verwurzelten Bedenken gegenüber zu hoher Unternehmenstransparenz deutlich besser Rechnung als die genannten anderen europäischen Rechtsordnungen. Gleiches gilt für datenschutzrechtliche Bedenken, da die Preisgabe wirklich konkreter und daher potentiell sensibler Daten an die Zustimmung des Sicherungsgebers gebunden ist.

Zugleich ergäbe sich im Fall einer Orientierung am Vorbild des DCFR in Summe ein **moderater publizitätssteigernder Effekt im Vergleich zum geltenden österreichischen Recht.** Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass detaillierte Informationen über sicherungsbelastetes Mobiliarvermögen derzeit nicht etwa aufgrund anderer Rechtsvorschriften bereits allgemein verfügbar zu machen wären. Individualisierende Angaben über das Sicherungsgut sind insbesondere nach den Rechnungslegungsvorschriften des 3. Buchs des UGB nicht erforderlich. Gemäß § 237 Abs 1 Z 5 UGB ist im Anhang zum Jahresabschluss[2389] »der Gesamtbetrag der Verbindlichkeiten, für die dingliche Sicherheiten bestellt sind, unter Angabe von Art und Form der Sicherheit« anzugeben. »Art und Form« beziehen sich nicht auf das konkrete Sicherungsgut.[2390] Dementsprechend finden sich in der Praxis in veröffentlichten Anhängen auch nur relativ selten Hinweise auf individualisierbare Vermögenswerte.[2391]

Zum anderen ergibt sich gegenüber den Publizitätsformen des geltenden österreichischen Mobiliarsicherungsrechts, an deren Stelle das Registersystem des DCFR treten würde, ein Mehrwert an Offenkundigkeit: Die von § 452 ABGB geforderten Pfandzeichen an besonders schweren und sperrigen Maschinen oder an Warenlagern wird nur jener Drittinteressent zu Gesicht bekommen, dem der Sicherungsgeber Zugang zu seinem Unternehmen gewährt. Das ist, übertragen in das zweistufige Publizitätssystem des DCFR, ein solcher Dritter, dessen Auskunftsbegehren an den gesicherten Gläubiger der Sicherungsgeber seine nach IX.–3:319 DCFR erforderliche Zustimmung erteilen würde. In Bezug auf solche

2389 Zu den nach Unternehmensgrößenklassen abgestuften Offenlegungspflichten siehe §§ 277 ff UGB.

2390 Vgl *Nowotny* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB II^3 (2018) § 237 Rz 39 ff: Als »Art« kommen Pfandrecht, Sicherungseigentum, Sicherungszession und Eigentumsvorbehalt (bzw das Eigentum des Leasinggebers am Leasingobjekt) in Frage, die Angabe der »Form« beziehe sich »in erster Linie auf die Einräumung und die Ausgestaltung der Sicherheit zB Eintragung im Grundbuch oder in einem Register, Drittverwahrung, Verbriefung« (aaO Rz 39).

2391 ZB auf Ansprüche aus Gesellschafterdarlehen gegenüber namentlich genannten Tochterunternehmen.

potentiellen Kreditgeber decken sich die Systeme also im Grundsatz, mit dem Unterschied, dass der DCFR schriftliche Informationserteilung vorsieht und dem künftigen Kreditgeber den Gang ins Schuldnerunternehmen erspart. Das macht natürlich gerade in Hinblick auf den potentiell pan-europäischen Ansatz des DCFR Sinn, gleichwohl nicht beschränkt auf diesen. Ähnlich gestaltet sich der Vergleich zu den Publizitätsformen der Sicherungszession (bzw Forderungsverpfändung): Die Drittschuldnerverständigung hilft dem Drittinteressenten nicht viel, wenn er mangels Hinweises des Sicherungsgebers den Drittschuldner nicht kennt oder dieser keine Auskunft gibt. Auch einen Buchvermerk kann nur derjenige Drittinteressent wahrnehmen, dem der Sicherungsgeber den Zugang zur Buchführung einräumt. Wie beim Fahrnispfand erreicht die Information denjenigen Drittinteressenten, dessen Kredits (oder sonstiger Leistung) der Sicherungsgeber dringend bedarf.[2392] Diesem wird der Sicherungsgeber nach dem DCFR-Modell auch die Zustimmung zur detaillierten Auskunft des Gläubigers geben. Zudem ist er durch das Register zu einem früheren Zeitpunkt gewarnt. Der Warnzweck des Registers kommt darüber hinaus aber auch jenen zugute, die nach geltendem österreichischem Recht mangels wirtschaftlicher Machtposition von der Publizitätswirkung des Buchvermerks bzw der Drittschuldnerverständigung faktisch abgeschnitten sind.

Damit entspricht der DCFR auf relativ – dh verglichen mit den anderen untersuchten Modellen – bestmögliche Weise zwei wesentlichen Grundbedürfnissen, die sich nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand der österreichischen Rechts- und Wirtschaftsordnung auf den Bereich des Mobiliarsicherungsrechts beziehen: der Sorge vor allzu großer Transparenz gegenüber jedermann auf der einen Seite und dem ausgeprägten kreditsicherungsrechtlichen Publizitätsbedürfnis im Allgemeinen[2393] auf der anderen. Geschaffen wird quasi eine »Minimalpublizität für alle«, ergänzt durch genaue Informationen nur für jene, denen der Sicherungsgeber diese eröffnen will.[2394] Die konkrete Ausgestaltung der Anforderungen an den Registereintrag sollte sicherstellen, dass dieses Mehr an Publizität nicht als nachteilig ins Gewicht fällt.

(β) Bestehen des Sicherungsrechts an sich

Kurz einzugehen ist unter Publizitätsgesichtspunkten auch auf den bereits mehrfach angesprochenen Umstand, dass ein Registereintrag in *notice-filing*-Systemen **keine verlässliche Auskunft** darüber gibt, ob das vermerkte Sicherungsrecht tat-

2392 Vgl die nähere Diskussion von Publizitätsdefiziten der Sicherungszession nach österreichischem Recht oben II.C.1.b.

2393 Vgl bereits die Einleitung zur Diskussion des gegenwärtigen österreichischen Rechts oben III., sowie die in diesem Kapitel mehrfach dokumentierte Tendenz zur Verschärfung von Publizitätsanforderungen.

2394 Vgl schon *W. Faber,* JBl 2012, 341 (357).

sächlich (überhaupt) besteht; ob dieses also jemals wirksam entstanden ist und weiterhin besteht. Zu fragen ist, ob vielleicht in dieser Hinsicht durchschlagende Bedenken gegen das Modell des DCFR bestehen.

Potentiellen Geschäftspartnern, die im Register auf ein solches »materiell leeres« Sicherungsrecht stoßen, droht jedenfalls kein unmittelbarer Rechtsverlust. Sie erhalten gewissermaßen ein »Zuviel an Warnung« und agieren infolgedessen allenfalls vorsichtiger als eigentlich notwendig. Der Sicherungsgeber wird gerade in dem Fall, dass das Sicherungsrecht in Wahrheit *nicht* besteht, typischerweise viel eher bereit sein, einem Auskunftsbegehren des Drittinteressenten nach IX.–3:319 DCFR zuzustimmen. Der Auskunftsanspruch bezieht sich unter anderem auf *»the security right covered by the entry«* (IX.–3:319(1) DCFR), was jedenfalls die hier interessierende Frage nach dem Bestehen desselben an sich umfassen wird.[2395] Wird dieser Informationsprozess durchlaufen, ist das Problem für die konkrete Partei gelöst.

Daneben dürfte ein Teil der potentiellen Problematik insoweit praktisch entschärft werden, als gerade unter Zugrundelegung einer mutmaßlich typisch österreichischen Sicherungsgeber-Mentalität der (vermeintliche) Sicherungsgeber idR rasch auf eine Löschung des unrichtigen Eintrags dringen wird. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn im Zuge von Kreditverhandlungen im Wege des *advance filing* ein Eintrag gesetzt worden ist, die Verhandlungen dann aber scheitern: Der – von der Durchführung der Eintragung nach IX.–3:313 DCFR automatisch verständigte – Sicherungsgeber wird im eigenen Interesse die Löschung begehren, wenn sie nicht der Sicherungsnehmer aufgrund drohender Haftungssanktionen ohnehin von sich aus vornimmt.[2396] Ähnliches wird nach Tilgung der Schuld gelten.[2397] Das Register dürfte sich also selbst tendenziell eher sauber halten.[2398]

(γ) Sanktionsmechanismen bei Auskunftserteilung im Besonderen

Zu der nun mehrfach erwähnten Verpflichtung des Sicherungsnehmers zur Erteilung von Auskünften über das Sicherungsrecht und das erfasste Sicherungsgut (IX.–3:319 f DCFR) sind noch einige Ergänzungen zu machen. Gegenüber einem Drittinteressenten besteht diese Auskunftspflicht unter der Voraussetzung, dass der Sicherungsgeber der Anfrage zustimmt. Der Anfrage ist dann binnen vierzehn

2395 Die Comments zu IX.–3:319, DCFR Full Edition 5519 ff äußern sich nicht näher zur Bedeutung dieser Formel. IX.–3:320(1) DCFR erwähnt als Inhalt der Auskunftspflicht ausdrücklich die *»existence of a security right in specific assets«.*

2396 Vgl oben V.D.2.b.(iii.).

2397 Der Sicherungsnehmer ist auch in diesem Fall nach IX.–6:104(2) iVm IX.–3:315 DCFR zur Löschung verpflichtet.

2398 In dem Fall schließlich, dass das dem Registereintrag zugrundeliegende Sicherungsrecht wegen eines bei Vertragsabschluss vorliegenden Willensmangels oder sonstigen Wurzelmangels unwirksam ist, schafft kein Registersystem, auch nicht ein konstitutives, besonderen Schutz.

Tagen in Textform zu entsprechen, wobei hinsichtlich der erfassten Vermögenswerte neben einer individuell formulierten Antwort wahlweise die Übermittlung von Auszügen aus den getroffenen Vereinbarungen (namentlich aus dem Sicherheitenbestellungsvertrag, allenfalls auch aus einer separaten Individualisierungsabrede) in Betracht kommt.[2399] Sowohl Anfrage als auch Antwort können in der Amtssprache am Sitz des Sicherungsnehmers oder auf Englisch übermittelt werden.[2400] Unter bestimmten Voraussetzungen besteht keine Auskunftspflicht, unter anderem wenn demselben Interessenten innerhalb der letzten drei Monate bereits Informationen über denselben Vermögenswert erteilt worden sind und deren Inhalt nach wie vor korrekt ist.[2401] Die Kosten für Anfrage und Antworterteilung trägt jedenfalls die anfragende Person.[2402]

Unter Publizitätsgesichtspunkten von besonderem Interesse ist vor allem der Sanktionsmechanismus, der bei Verletzung einer gegebenen Auskunftspflicht eingreift. Er besteht einerseits in Schadenersatzansprüchen des Sicherungsgebers wie auch des anfragenden Drittinteressenten (IX.–3:319(4) DCFR). Daneben zieht Buch IX in IX.–3:321 bis IX.–3:323 DCFR aber auch spezifische **sachenrechtliche Konsequenzen** ein, die im Ergebnis einen relativ starken Anreiz für den Sicherungsnehmer bewirken, rechtmäßige Anfragen zeitgerecht und korrekt zu beantworten.[2403]

Der erste dieser speziell geregelten Fälle betrifft die **korrekte Auskunft**, dass *keine Belastung* besteht: Sollte sich der gesicherte Gläubiger, der richtigerweise Auskunft gegeben hat, dass bestimmte Vermögenswerte unbelastet sind, daraufhin dennoch ein Sicherungsrecht an diesen Gegenständen einräumen lassen, kommt diesem Sicherungsrecht keine Priorität gegenüber einem binnen drei Monaten begründeten Sicherungsrecht des Nachfragers zu.[2404] Die weiteren Bestimmungen verweisen entweder auf die Grundsätze dieser Regelung oder eröffnen dem anfragenden Dritten spezielle Möglichkeiten eines gutgläubigen Erwerbs;

2399 Siehe IX.–3:319(3) zur Vierzehntagesfrist, IX.–3:320(2) zur Art der Beantwortung und IX.–3:324 DCFR zur Textform. Zur Übermittlung von Anfrage und Antwort kann nach letzterer Bestimmung auch das Registersystem genutzt werden, was für Beweiszwecke vorteilhaft sein kann.

2400 IX.–3:319(2) bzw IX.–3:320(4) DCFR. Kritisch zur dominanten Stellung der englischen Sprache in diesem Zusammenhang *Rutgers* in *van Erp/Salomons/Akkermans,* Future of European Property Law 153 (156 f, 162 f). Ihre vorangehenden Ausführungen (aaO 156) erwecken allerdings den Eindruck, als ob Registerrecherche (die nach dem DCFR in allen Amtssprachen möglich sein muss) und Nachfrage beim Gläubiger vermengt worden wären.

2401 Vgl IX.–3:320(5) DCFR.

2402 IX.–3:332(2) DCFR.

2403 Zustimmend zur Ausgestaltung der zweiten Informationsstufe – dh der Nachfrage beim Gläubiger – im DCFR gerade aufgrund dieser Anreizwirkung (die wiederum nachfolgenden Erwerbern und Sicherungsinteressenten Anreize geben kann, Anfragen zu stellen) *Hamwijk,* Publicity 348 f. Zustimmung ferner bei *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 446 f.

2404 IX.–3:321(1) DCFR. Die drei Monate beziehen sich auf den Zeitpunkt der *creation* des vom Drittinteressenten begründeten Sicherungsrechts.

der spezifisch sachenrechtliche Schutz kommt also notgedrungen nur potentiellen Erwerbern der Sache selbst oder Sicherungsinteressenten zugute. Diese Regelungen betreffen zum einen die Folgen **inkorrekt** erteilter Information: Erteilt der gesicherte Gläubiger auf Anfrage unrichtigerweise Auskunft, dass bestimmte Vermögenswerte *nicht belastet* sind, kann der Nachfrager binnen dreier Monate kraft guten Glaubens ein vorrangiges Sicherungsrecht oder das unbelastete Eigentumsrecht erwerben. Der bestehende Registereintrag schadet nicht.[2405] Bei unrichtiger Information, dass eine *Belastung vorliegt,* gilt die eingangs erwähnte Regel entsprechend: Der falsche Auskunft gebende Gläubiger kann innerhalb von drei Monaten kein vorrangiges Sicherungsrecht erwerben.[2406] Daneben macht er sich schadenersatzpflichtig, was gerade dann praktisch relevant sein kann, wenn der Drittinteressent aufgrund der Falschauskunft vom Erwerb der Sache oder einer Kreditgewährung absieht. Schließlich finden sich Regelungen zu Fällen **nicht oder verspätet** erteilter Auskunft: In diesen Nichterteilungsfällen wird der Gläubiger so behandelt, als habe er die Auskunft gegeben, die Sache sei unbelastet. Ist sie in Wirklichkeit belastet, wird dem anfragenden Dritten der Gutglaubenserwerb eines besserrangigen Sicherungsrechts bzw ein lastenfreier Eigentumserwerb eröffnet.[2407] Ist die Sache in Wirklichkeit unbelastet, gilt wieder die eingangs erwähnte Regel, dass der Gläubiger binnen dreier Monate kein vorrangiges Recht erwerben kann.[2408]

Diese Regelungen mögen auf den ersten Blick kompliziert anmuten. Sie erscheinen aber nicht nur aufgrund der dadurch bewirkten Anreizwirkung durchaus sinnvoll. Die teilweise Übernahme der Konfliktlösung vom Schadenersatz- in das Sachenrecht kann zB Schwierigkeiten bei der exakten Schadensberechnung abhelfen, in speziell gelagerten Fällen vielleicht auch Verjährungsprobleme abfedern. Der Ansatz erweist sich zudem dann als hilfreich, wenn der pflichtwidrig handelnde Sicherungsnehmer selbst in finanzielle Schwierigkeiten gerät und die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gefährdet sein könnte. Das Erfordernis der Gutgläubigkeit vermeidet überdies den Schutz solcher Dritter, die keines Schutzes bedürfen.[2409] Das Konzept erweist sich schlussendlich als ein weiteres Beispiel eines zweckmäßigen Einpassens des *notice-filing*-Modells in Strukturmodelle kontinentaleuropäischer Zivilrechtsdogmatik. Das mag Zugang wie Akzeptanz erleichtern.

2405 IX.–3:322(1) DCFR. Näher *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 446.

2406 IX.–3:322(2) mit Verweis auf IX.–3:321(1) DCFR. Auch hierzu *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 446.

2407 Für das gänzliche Unterlassen der Auskunft IX.–3:323(1) mit Verweis auf IX.–3:321(1) DCFR. Für verspätete Auskunft trifft IX.–3:323(2) DCFR eine entsprechende Regelung, vorausgesetzt, das dingliche Recht des anfragenden Dritten wird vor Eingang der verspäteten Information begründet.

2408 IX.–3:323(1) bzw (2) iVm IX.–3:321 DCFR.

2409 In diesem Sinne *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 447.

(iii.) Information zur gesicherten Forderung bzw zum Umfang der Haftung

Einen zweiten für den Sicherungsgeber potentiell sensiblen Bereich bilden im Register aufscheinende Angaben zur gesicherten Forderung selbst (zB betreffend Höhe der Verbindlichkeit, Zinssatz, Fälligkeitstermin) oder solche, die Rückschlüsse auf diese zulassen. Die Problemlage weist in mehrerlei Hinsicht Parallelen zu der im vorangehenden Abschnitt diskutierten Registerinformation über Einzelheiten des Sicherungsguts auf.

1. Auch in Bezug auf Angaben zur gesicherten Forderung weisen die untersuchten europäischen Registersysteme erhebliche Unterschiede auf. **Keinerlei** diesbezügliche Informationen ergeben sich wiederum aus dem niederländischen Register[2410] und dem französischen Treuhandregister.[2411] Im englischen Registersystem nach dem englischen Companies Act 2006 hat man mit der jüngsten Reform von 2013 die frühere Pflichtangabe über den *»amount secured«* in den *prescribed particulars,* die der ersten und übersichtlichen Information der Registernutzer dienen, fallen gelassen. Die Begründung spielt für die weiter unten anzustellenden Überlegungen eine gewisse Rolle und sei daher an dieser Stelle noch einmal wiedergegeben: Zum einen haben sich die Parteien in der Praxis zum früheren Recht offenbar häufig mit der Angabe *»all monies«* begnügt, womit zwar zum Ausdruck gebracht wird, dass sämtliche Geldforderungen des Kreditgebers gesichert sind, allerdings kein Rückschluss darauf möglich ist, in welchem Umfang solche Forderungen existieren. In jedem Fall, dh auch bei Eintragung einer ziffernmäßig bestimmten Geldsumme, ist zB aufgrund zwischenzeitig erfolgter Rückzahlungen die Angabe im späteren Abfragezeitpunkt mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr korrekt. Nach der neuen Rechtslage ist zwar neben den *particulars* auch der Sicherheitenbestellungsvertrag selbst ins Register einzustellen und damit abrufbar. In welcher Weise die Parteien dort Angaben über die gesicherte Forderung machen, bleibt allerdings ihnen überlassen, sodass der aus dem Register erschließbare Informationsgehalt, falls gewünscht, auch vergleichsweise gering gehalten werden kann (zB durch Verweis auf »die mit Kreditvertrag Nr XY begründeten Forderungen«).[2412]

Sehr **genaue** Angaben zur gesicherten Forderung sehen umgekehrt die Bestimmungen über das neue französische *gage*-Register vor: Das zum Register einzureichende Formblatt muss die Höhe der gesicherten Forderung, deren Fälligkeitstag

---

2410 Angaben zur Forderung werden dort gar nicht eingetragen, daneben besteht kein Einsichtsrecht für Drittinteressenten; vgl oben IV.B.3.a.unter 3.

2411 Auch hier beziehen sich die Registereintragungen nicht auf die gesicherte Forderung und besteht keine Einsichtsmöglichkeit für Dritte; vgl oben IV.C.3.c.(ii.) unter 2.

2412 Für Nw siehe oben IV.E.3.c. bei FN 1811.

und den Zinssatz enthalten. Im Wege der Anforderung zusätzlicher Informationen beim zuständigen Gericht wird jeder Registernutzer Zugriff auf diese Daten erhalten.[2413] Eine »Bezeichnung« der gesicherten Forderung(en) im Register verlangt auch das neue belgische Recht, allerdings ohne näher zu determinieren, welche Angaben hierfür erforderlich sind. Die Angaben zur Forderung können sich vermutlich auf minimale Informationen (wie zB eine Kreditvertragsnummer) beschränken. Daneben fordert das belgische Recht zwingend die Eintragung eines Haftungshöchstbetrags.[2414] In Bezug auf das belgische Registersystem war überdies in einem langwierigen Verhandlungsprozess erst zu klären, ob die Recherche im Register jedermann unbeschränkt offenstehen wird.[2415]

Die Registrierung des Betrags der gesicherten Forderung samt Angabe des Zinssatzes ist auch nach dem österreichischen MSG-E zwingend vorgesehen. Ob diese Anordnung nur für Pfandrechte gelten soll (so § 29 Z 3 MSG-E) oder auch für das Sicherungseigentum (so § 7 MSG-E), bleibt zwar unklar.[2416] Der Zweck der Eintragung der genannten forderungsbezogenen Angaben ins Register wird in den Erläuterungen allerdings deutlich herausgearbeitet: Den Entwurfsverfassern geht es um die Vermeidung von Übersicherungen. Zu diesem Zweck sollen spätere potentielle Kreditgeber über das Register Auskunft darüber erlangen können, in welchem Umfang das Sicherungsgut für die Begründung eines nachrangigen Pfandrechts effektiv zur Verfügung steht. In diesem Zusammenhang ordnet der MSG-E auch einen Anspruch des Sicherungsnehmers auf Herabsetzung des im Register eingetragenen Forderungsbetrags an, wenn die aushaftende Forderung auf weniger als die Hälfte des registrierten Betrags herabsinkt.[2417]

Es verwundert nicht allzu sehr, dass der Vorschlag des MSG-E, Forderungshöhe und Zinssatz im Register publizieren zu müssen, in der nachfolgenden Diskussion verbreitet Kritik ausgelöst hat. Es handelt sich um eine weitere Facette der bereits oben angesprochenen Besorgnis über die Schaffung von »**gläsernen Unternehmen**«, die sich für den Erfolg der Reformbemühungen als äußerst nachteilig erwiesen hat.[2418] Im Ergebnis zwingt diese Regelung den Sicherungsgeber

2413 Vgl oben IV.C.2.e.(i.) zum zwingenden Inhalt des einzureichenden Formblatts und IV.C.2.e.(ii.) zur Verschaffung weitergehender Informationen durch Anfrage bei der zuständigen Gerichtskanzlei.

2414 Ausführlicher zum Ganzen oben IV.D.4.b. unter 1. und 4.

2415 Siehe oben IV.D.4.c.(ii.).

2416 Der Widerspruch zwischen den beiden genannten Regelungen stellt offenbar ein Redaktionsversehen dar. Es steht möglicherweise mit der Überlegung der Arbeitsgruppe in Zusammenhang, den Sicherungsnehmer, sofern kein besonderes Interesse an der Begründung einer Vollrechtssicherheit vorliegt, auf eine Sicherung mittels Pfandrecht zu beschränken (vgl die Erläuterungen zu § 8 MSG-E bei *Schauer,* Register 55). Zum Kontext oben V.B.2.f. unter 2.

2417 Siehe § 7 Abs 2 MSG und die Erläuterungen bei *Schauer,* Register 51 ff. Ausführlicher zum Ganzen oben V.B.2.f. unter 2.

2418 Vgl *B. Koch* in FS Koziol 197 (212) und allgemein die bereits in FN 2378 zitierten Nw. Kritik gegenüber der Eintragung der gesicherten Forderung im Register ferner bei *Aichinger,* ZfRV 2010,

nicht nur dazu offenzulegen, in welchem Umfang (durch Mobiliarvermögen gesicherte) Fremdfinanzierung besteht, sondern auch, zu welchen Konditionen der Schuldner in der Lage war, solche zu erlangen.[2419] Die Notwendigkeit der Offenlegung geht damit über jene nach den Rechnungslegungsvorschriften des UGB – so diese auf das konkrete Unternehmen überhaupt vollumfänglich anzuwenden sind – hinaus: In der Bilanz sind Verbindlichkeiten generell und insbesondere Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten auszuweisen (§ 224 Abs 3 UGB), zudem verlangt die bereits erwähnte Bestimmung des § 237 Abs 1 Z 5 UGB die Angabe des Gesamtbetrags der Verbindlichkeiten, für die dingliche Sicherheiten bestellt wurden, im Anhang zum Jahresabschluss. Keine dieser Bestimmungen gebietet allerdings eine Angabe der konkreten Kreditgeber oder eine Aufschlüsselung des Kreditvolumens unter diesen, schon gar nicht die Kundgabe vereinbarter Zinssätze. Die Angabe von Forderungshöhe und Zinssatz in einem öffentlich zugänglichen Register ist dem österreichischen Kreditsicherungsrecht zwar nicht völlig fremd, setzt doch § 14 Abs 1 GBG genau diese Angaben für die Eintragung einer Immobiliarhypothek im Grundbuch voraus.[2420] Darüber hinaus existieren derartige Verpflichtungen allerdings nicht und erscheint auch nachvollziehbar, wenn Wirtschaftskreise bestrebt sind, die Ausdehnung dieser Regel auf Mobiliarsicherungsrechte zu verhindern. Denn beim Mobiliarkredit wird die allgemeine Einschätzung der Kreditwürdigkeit bzw der wirtschaftlichen Entwicklung des Schuldnerunternehmens durch den Kreditgeber typischerweise in höherem Maße in die Zinsberechnung einfließen als beim Immobiliarkredit, dem ein im Wesentlichen stabiler Sachwert zugrunde liegt. Die Aussagekraft gerade von Zinssätzen wird also beim Mobiliarkredit in der Regel höher sein, deren Preisgabe entsprechend sensibler.[2421]

2. Das Modell des **DCFR** vermeidet auch in Bezug auf die gesicherte Forderung die Offenlegung von Informationen gegenüber jedermann und knüpft Auskünfte hierüber an die Zustimmung des Schuldners: Die Höhe der **Forderung** oder gar

273 (283); *Hedinger,* Publizitätsdenken 70 f; zustimmend hingegen *Beig,* Zession 19 f mit Verweis auf die Funktion dieser Information für die Bekämpfung des Übersicherungsproblems. – Zu datenschutzrechtlichen Bedenken gegenüber der Bezeichnung der gesicherten Forderung im Register im Gesetzgebungsverfahren zum neuen belgischen Mobiliarsicherungsrecht oben IV.D.4.b. unter 4.

2419 Vgl *W. Faber,* JBl 2012, 341 (355).

2420 Der Hinweis auf diese Bestimmung dient den Verfassern des MSG-E naheliegenderweise dazu, den Schutz von Geheimhaltungsinteressen geringer zu gewichten als Interessen an der Offenlegung dieser Daten.

2421 Abgesehen von Sachargumenten handelt es sich bei der ablehnenden Haltung gegenüber einer Publizierung detaillierter Daten zu den gesicherten Forderungen sicher auch um eine Mentalitätsfrage. Das spricht jedoch nicht dagegen, solchen Bedenken Rechnung zu tragen. Im gleichen Sinne *B. Koch* in FS Koziol 197 (212).

ihre Verzinsung und andere Einzelheiten fallen nicht unter die zwingenden Mindestangaben iSd IX.–3:306 DCFR. Sie werden auch im Katalog der nach IX.–3:307 DCFR zulässigen freiwilligen Zusatzangaben nicht ausdrücklich aufgeführt, können aber unter die »Generalklausel« des IX.–3:307(a) DCFR subsumiert werden, der zufolge *»additional information … in relation to … the content of the security right«* im Register ersichtlich gemacht werden kann. Die Comments stellen allerdings klar, dass insoweit lediglich eine Möglichkeit eröffnet werden soll, der gesicherte Gläubiger aber durchaus vertraglich daran gehindert sein kann, solche Informationen offenzulegen.[2422] Ist der Sicherungsnehmer ein Kreditinstitut, wird sich die Registrierung derartiger Daten nach österreichischem Recht mangels gegenteiliger Vereinbarung bereits aufgrund des Bankgeheimnisses (§ 38 BWG) verbieten. Gleiches wird sich im Allgemeinen auch aus (allenfalls ergänzender) Vertragsauslegung ergeben.

Als optionale Angabe möglich ist jedenfalls die Registrierung eines **Haftungshöchstbetrags** der Sicherheit selbst (IX.–3:307(c) DCFR). Dieser kann die konkret gesicherte Forderung über-, aber auch unterschreiten und gibt damit über die Höhe der Forderung nur bedingt Auskunft. Aufgrund der Freiwilligkeit dieser Angabe und der hierfür erforderlichen Zustimmung des Sicherungsgebers bestehen gegen diese Angabe auch keinerlei Bedenken. In allererster Linie handelt es sich bei der Vereinbarung eines Höchstbetrags ja auch um ein Schutzinstrument zugunsten des Sicherungsgebers.

Im Regelfall wird also das Register nach dem DCFR-Modell keinerlei Angaben über den Umfang der gesicherten Forderung(en) enthalten. Nun ist durchaus richtig, dass für einen nachfolgenden potentiellen Kreditgeber Informationen darüber, in welchem Ausmaß vorhandenes Mobiliarvermögen für ein allfälliges nachrangiges Sicherungsrecht noch »frei« zur Verfügung stünde, von entscheidender Bedeutung sein können. Diesem Informationsbedarf trägt der DCFR auch Rechnung, und zwar durch die ebenfalls bereits näher erörterte **Pflicht zur Erteilung von Auskünften** über den *»amount of the obligation covered«* gemäß IX.–5:401 DCFR. Damit ist der aktuell aushaftende Betrag gemeint.[2423] Für den nachrangigen Sicherungsinteressenten stellt dies auch eine bedeutend nützlichere Information dar als der vereinbarte und ursprünglich zugezählte Kreditbetrag. Denn ist die Kreditforderung inzwischen durch teilweise Rückführung herabgesunken, steht für ein nachrangiges Sicherungsrecht uU ein deutlich höheres Haftungssubstrat zur Verfügung.[2424] Ist sie umgekehrt mangels Rückzahlungen durch Zinsen und

2422 Comments zu IX.–3:307, DCFR Full Edition 5506.

2423 Vgl die näheren Ausführungen zu diesem Fragenkreis oben V.C.4.c.(i.) unter 1., insbesondere bei FN 2209.

2424 Vgl die Überlegungen im Vorfeld der jüngsten Reform des englischen Registersystems oben bei FN 2412 bzw unter IV.E.3.c. bei FN 1811; ähnlich IV.D.4.b. unter 4. nach FN 1545 zum neuen belgischen Recht.

Kosten uU sogar erheblich angestiegen, liegt es ebenso im Interesse des Sicherungsinteressenten, dies zu erfahren. Die im Wege von IX.–5:401 DCFR beziehbaren Informationen wird ein nachrangiger Sicherungsinteressent, wenn dem Sicherungsgeber einigermaßen an der Kreditgewährung gelegen ist, auch erhalten: Der Sicherungsgeber wird dann mit der Auskunftserteilung einverstanden sein und die Information zugunsten des Dritten beim gesicherten Gläubiger anfordern.[2425]

In Summe vermeidet der DCFR auch im vorliegenden Zusammenhang, dass potentiell sensible Informationen dem freien Zugriff durch jedermann offenstehen. Gegenüber der Allgemeinheit begnügt sich das Register mit einer Warnung, für die es der Angabe von Einzelheiten über die gesicherte Forderung freilich nicht bedarf. Wem detaillierte Informationen über die Forderungshöhe – insbesondere über deren aktuellen Stand – zukommen sollen, hat der Sicherungsgeber via IX.–5:401 DCFR selbst in der Hand. Mit der Auskunft über die gegenwärtige Forderungshöhe wird dem nachrangigen Sicherungsinteressenten zudem die für ihn relevanteste Information in die Hand gegeben. Gerade für die Begründung nachrangiger Sicherungsrechte als Maßnahme zur Lösung des Übersicherungsproblems ist das Konzept des DCFR daher im Ergebnis sogar besser geeignet als die vom MSG-E vorgeschlagene Einräumung eines Anspruchs auf Herabsetzung des im Register eingetragenen Maximalbetrags.[2426]

3. Fazit

Als zentrales Untersuchungsergebnis zum Publizitäts- und Registerkonzept des DCFR kann Folgendes festgehalten werden: Der im ersten Teil dieses Kapitels behandelte strukturelle Unterbau, aus dem sich für die Konfliktlagen mit verschiedenen Typen von Drittinteressenten die Anwendung unterschiedlicher Normen zu *creation, effectiveness* und *priority* ergeben, ist aus der Perspektive des geltenden österreichischen Rechts gewiss gewöhnungsbedürftig. Die Interessen der Beteiligten

2425 Der Auskunftsanspruch nach IX.–5:401 DCFR steht nur dem Sicherungsgeber zu, er kann Erteilung der Auskunft auch unmittelbar an den Dritten verlangen. Zur Sanktionierung dieser Auskunftspflicht sind – anders als im Fall der speziellen sachenrechtlichen Rechtsfolgen bei Verletzung der Informationspflicht bezüglich Bestand und Gegenständen des Sicherungsrechts nach IX.–3:319 ff DCFR (oben V.D.2.c.(ii.) (γ)) – keine besonderen Regeln aufgestellt. Die Comments verweisen auf allgemeine Grundsätze, zB auf die Konsequenz, dass der gesicherte Gläubiger im Verhältnis zum Adressaten einer unrichtig erteilten Auskunft an deren Inhalt gebunden ist und sich diesem gegenüber nicht auf die allfalls günstigere wirkliche Sachlage berufen kann. In Betracht kommen daneben natürlich Schadenersatzansprüche. Vgl Comment C zu IX.–5:401, DCFR Full Edition 5598.

2426 Dieser besteht gemäß § 7 Abs 2 MSG-E ja erst ab einer Übersicherung um das Doppelte. Zudem ist nicht unbedingt gesagt, dass ein Herabsetzungsanspruch auch ausgeübt wird. Näher zur Lösung des Übersicherungsproblems im DCFR im Vergleich zum MSG-E oben V.B.2.f. unter 2.

werden hierdurch allerdings sehr angemessen berücksichtigt. Das Überführen der Lösung von Konflikten mit späteren Erwerbern dinglicher Rechte in ein Gutglaubenserwerbsregime hat gemessen an langfristigen Entwicklungslinien des Mobiliarsicherungsrechts sogar eine gewisse Logik für sich.[2427] Wird dieses Modell als zu komplex befunden, bietet sich als Alternative an, die Drittwirksamkeit für alle Typen von Dritten einheitlich mit der Erfüllung der *effectiveness*-Voraussetzungen eintreten zu lassen.[2428] Die praktischen Ergebnisse sind im mutmaßlichen Standardfall einer umgehend vorgenommenen Registrierung dieselben. Sollte eine solche ausnahmsweise nicht bzw nicht rechtzeitig vor Eintritt der konkreten Konfliktlage erfolgen, ermöglicht dieses Alternativmodell eine einfache und velässliche Entscheidung. Eine solche Adaptierung gegenüber dem DCFR-Modell ließe sich ohne Nachteil für das Gesamtkonzept relativ einfach vornehmen.

Was die Ausgestaltung des Registersystems im Besonderen betrifft, fällt jedenfalls positiv ins Gewicht, dass durch eine Vielzahl von Maßnahmen Vorkehrung dafür getroffen wird, das Register trotz seiner Konzeption als *notice-filing*-System »sauber« in dem Sinne zu halten, dass der Registerstand mit insgesamt hoher Wahrscheinlichkeit dem materiellen Rechtszustand entspricht. Die im Register aufscheinenden Informationen sind zudem so gestaltet, dass potentiell schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Sicherungsgebers im Vergleich zu anderen Regelungsansätzen relativ weitgehend berücksichtigt werden. Nähere Informationen über die vom Sicherungsrecht konkret belasteten Vermögenswerte und über die gesicherte Forderung erhält nur derjenige, dem der Sicherungsgeber diese auch zugänglich machen will.[2429] Welche Lösung in diesem Bereich als »optimale« gelten soll, ist eine weitgehend rechtspolitische Frage. Nach Ansicht des Verfassers fügt sich der Ansatz des DCFR insoweit jedenfalls sehr gut in den gegenwärtigen Stand der österreichischen Diskussion, in der sich die Sorge um den »gläsernen Schuldner« als eines der zentralen Hindernisse für einen politischen Erfolg des zuletzt vorgelegten MSG-Entwurfs erwiesen hat.

E. Sicherung von Anschaffungsfinanzierungen (acquisition finance devices)

Eine gewisse Sonderstellung nehmen im DCFR, wie mehrfach angeklungen, jene Sicherungsrechte ein, die im weiteren Sinne die Finanzierung des Erwerbs einer Sache absichern. Zu einem Teil des Fragenkomplexes, nämlich zur rechtsformbezogenen Sonderstellung der *retention of ownership devices,* kann weitgehend auf

2427 Siehe die Ausführungen unter V.D.1.
2428 Vgl die Ausführungen unter V.D.1.c.
2429 Zu diesen Fragen siehe die Ausführungen unter V.D.2.

Ausführungen in vorangegangenen Kapiteln verwiesen werden.[2430] Das breitere Konzept der *acquisition finance devices* und die hieran geknüpften Rechtswirkungen bedürfen hingegen noch etwas genauerer Erörterung.[2431]

1. Vorbehaltenes Eigentum und zurückbehaltenes Sicherungsrecht

Zur dinglichen Besicherung einer Absatzfinanzierung stellt Buch IX **zwei Sicherungstypen** zur Verfügung; das auch sonst einheitlich vorgesehene beschränkte dingliche Verwertungsrecht *(security right)* und die Kategorie der *retention of ownership devices,* welche sich von der erstgenannten Alternative konstruktiv dadurch abgrenzt, dass vollwertiges Eigentum zu Sicherungszwecken zurückbehalten wird. Zur näheren Diskussion dieses Konzepts kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden. Dabei wurde bereits hervorgehoben, dass sich die praktischen Unterschiede zwischen diesen beiden Sicherungskonzepten im Wesentlichen auf den Bereich ihrer Geltendmachung bzw **Verwertung** beschränken: Diese erfolgt beim *retention of ownership device* durch Rücktritt vom Vertrag mit anschließender Rückforderung der Sache. Die eigentlich gesicherte Forderung aus dem Absatzgeschäft wird durch den Rücktritt vernichtet, der Lieferant befriedigt sich insofern, als er die Sache anderweitig verwertet (zB nochmals verkauft) und den Erlös einbehält. Er darf diesen Erlös auch dann vollumfänglich behalten, wenn dieser ausnahmsweise höher ausfällt als die ursprünglich gesicherte Forderung *(surplus).* Bei der Verwertung eines *security right* bleibt die gesicherte Forderung hingegen aufrecht. Sie wird durch Verwertung der Sache vorrangig befriedigt. Sollte sich im Zuge der Verwertung ein Mehrerlös ergeben, ist dieser an den Sicherungsgeber bzw im Fall dessen Insolvenz an die Masse auszukehren. Diese Alternative ist also auf einen reinen Sicherungszweck beschränkt. Bereits betont wurde ferner, dass der Ansatz des DCFR, grundsätzlich beide Sicherungsmodelle zur Verfügung zu stellen und die Wahl im Einzelfall den Parteien zu überlassen, als Entwicklungsperspektive für das österreichische Mobiliarsicherungsrecht jedenfalls zu begrüßen ist.[2432]

Folgendes kann zur Abrundung ergänzt werden: Das – nach dem DCFR wie gesehen bloß fakultative – Herabstufen des im geltenden österreichischen und deutschen Recht traditionellerweise verwendeten Eigentumsvorbehalts in ein

---

2430 Siehe das folgende Kapitel V.E.1. Das nochmalige kurze Aufgreifen dieser Themen im vorliegenden Kapitel dient vor allem dazu, die oben bereits erörterten Aspekte im Rahmen des breiteren Kontexts der *acquisition finance devices* nicht aus den Augen zu verlieren. Hinzu treten einige Ergänzungen zur Bewertung der eröffneten Sicherungsalternativen.

2431 Hierzu Kapitel V.E.2.

2432 Näher zu alldem oben V.B.3. Nicht näher eingegangen wird hier auf die Bestimmungen zur *creation* eines *retention of ownership device* in IX.–2:201 DCFR. Diese Frage war aufgrund der angesprochenen konzeptionellen Zweiteilung für *retention of ownership devices* separat zu regeln, die Regelungen werfen allerdings für die Zwecke dieser Arbeit keinen besonderen Erörterungsbedarf auf.

»bloßes« Sicherungsrecht nimmt zwar Anleihe am UCC und anderen Vorlagen wie dem UNCITRAL Legislative Guide,[2433] ist aber für das kontinentaleuropäische Zivilrecht **weder neu noch** diesem heute **fremd.** Der Vorbehalt einer pfandrechtsartigen Sicherheit war in manchen Gebieten Deutschlands (besonders in Kursachsen und der Oberlausitz) jedenfalls seit dem frühen 17. Jahrhundert verbreitet und hat sich teilweise bis ins späte 19. Jahrhundert gehalten.[2434] Die Zulässigkeit eines publizitätslosen Pfandrechtsvorbehalts ist auch im jüngeren österreichischen Schrifttum prominent (wenngleich eher vereinzelt) gefordert worden.[2435] Schließlich entspricht die Konzeption des Eigentumsvorbehalts als bloßes Sicherungsrecht der Entwicklung durch die jüngsten Reformen im französischen und belgischen Recht.[2436] Das österreichische Recht würde also, wenn es dem DCFR in seinem dualen Konzept alternativer Anschaffungsfinanzierungssicherheiten folgen möchte, zugleich an traditionelle Denkformen anknüpfen und modernen Entwicklungen folgen.

Die Vereinbarung eines »bloßen« Sicherungsrechts anstelle des traditionellen Eigentumsvorbehalts kann für den Lieferanten im Übrigen eine praktisch durchaus **sinnvolle Alternative** darstellen. Die Analyse des geltenden österreichischen Rechts hat gezeigt, dass Verkäufer oftmals bestrebt sind, die Kaufpreisforderung aufrecht zu erhalten und die Kaufsache in Anrechnung auf den Kaufpreis zu verwerten.[2437] Diesem Bedürfnis kann durch Vereinbarung einer Kaufpreissicherung durch *security right* recht einfach entsprochen werden. Hinzu kommt die bei Wahl eines *security right* grundsätzlich recht breite Palette an Verwertungsmöglichkeiten (Buch IX Kapitel 7). Insbesondere kann im Sicherungsvertrag ein Anspruch auf Herausgabe des finanzierten Gegenstands (IX.–7:201 DCFR) und ein Recht auf anschließende Verwertung durch freihändigen Verkauf (IX.–7:211(2) DCFR) vorweg vereinbart werden. Bei diesem muss ein *commercially reasonable price* erzielt werden (IX.–7:212 DCFR), eine im Zuge der Verwertung allenfalls erzielte Hyperocha ist an den Sicherungsgeber bzw an die Masse herauszugeben. Eine solche Art der Verwertung wird auch nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das

---

2433 Vgl § 2-401(1) UCC zur Reduktion des vorbehaltenen Eigentums auf ein Sicherungsrecht nach Article 9, daneben § 9-103 UCC zum Konzept des Purchase Money Security Interest. Der UNCITRAL Legislative Guide empfiehlt ebenfalls, funktional äquivalente Ergebnisse für alle Anschaffungsfinanzierungssicherheiten vorzusehen (aaO 335 ff), und stellt hierfür zwei Optionen zur Verfügung (»Option A: Unitary Approach«, Recommendations 178–186; bzw »Option B: Non-unitary approach«, Recommendations 187–202). Das UNCITRAL Model Law folgt dem aus dem UCC geläufigen funktional-einheitlichen Ansatz; siehe Art 2(kk) UNCITRAL Model Law.

2434 Vgl den Überblick oben II.B.6.a. und die dortigen Nachweise.

2435 Vgl *F. Bydlinski* in *Klang,* ABGB IV/2² 468 ff; *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1365 (1386 f). Zusammenfassend oben III.D.1.b.

2436 Hierzu IV.C.6.a. bzw IV.D.2. und IV.D.7.c.

2437 Näher oben III.D.2. unter 2. und 3. zum Versuch der Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs im Prozess und für kautelarjuristische Ansätze zur Umsetzung eines solchen Verkäuferinteresses.

Vermögen des Sicherungsgebers grundsätzlich weiterhin zulässig sein (mit der Einschränkung, dass der Insolvenzverwalter gemäß § 120 Abs 2 IO die freihändige Verwertung durch ihn selbst auch gegen den Willen des Absonderungsgläubigers durchsetzen kann).[2438] Der gesicherte Gläubiger kann also, wenn er der Meinung ist, durch eigene Verwertungstätigkeit einen günstigen Erlös erzielen zu können, auf die geschilderte Weise vorgehen. Dies entspricht (mit Ausnahme des Verbleibs der Hyperocha und dem unterbliebenen Rücktritt) dem Verwertungsvorgang, der auch im Fall der Wahl eines *retention of ownership device* eingeschlagen hätte werden müssen. Es kann aber nun durchaus sein, dass der Lieferant an einer physischen Rücknahme des Kaufgegenstands, die Transport- und Verwahrungskosten und schließlich Kosten einer neuerlichen Verwertung verursachen kann, im Einzelfall gar kein wirkliches Interesse hat.[2439] Wurde ein *retention of ownership device* vereinbart, muss sich der Sicherungsnehmer um die Verwertung dennoch selbst kümmern. Haben die Parteien hingegen ein *security right* gewählt, kann der Sicherungsnehmer die Verwertung in einem solchen Fall auch dem Insolvenzverwalter überlassen. Kann die Verwertung durch diesen unter solchen Umständen vorteilhafter durchgeführt werden als durch den Lieferanten, profitieren sowohl dieser als auch die Masse.[2440] Die Wahl eines *security right* hat somit offenbar auch den Vorteil größerer Flexibilität im Verwertungsstadium für sich.

2. Das Sonderregime für acquisition finance devices

a. Erfasste Sicherungsrechte

Sicherungsrechte für Anschaffungsfinanzierungen erfahren traditionell eine privilegierende Behandlung. Zum Teil ergeben sich solche Bevorzugungen quasi als **Reflexwirkung aus der Rechtsnatur** des eingesetzten Sicherungsinstruments. So

2438 Buch IX DCFR regelt auch in dieser Hinsicht sein Verhältnis zum nationalen Insolvenzrecht nicht. Man wird aber von der These ausgehen dürfen, dass der DCFR allfälligen insolvenzrechtlichen Regeln über die Verwertungsbefugnis über Gegenstände, die mit Sicherungsrechten (Absonderungsrechten) belastet sind, den Vorrang einräumen wird. Zentraler Anknüpfungspunkt nach österreichischem Recht wird dann § 11 Abs 1 IO sein, dem zufolge Absonderungsrechte durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt werden. Die Verwertung von Absonderungsrechten erfolgt grundsätzlich außerhalb des Insolvenzverfahrens, auch die – hier interessierende – außergerichtliche Verwertung bleibt möglich; vgl *Deixler-Hübner* in *Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2012) § 11 IO Rz 8 f. Der durch ein *security right* nach dem DCFR-Modell gesicherte Gläubiger kann also grundsätzlich auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit den in Kapitel 7 eingeräumten Rechtsbehelfen vorgehen. Zu der im Text angesprochenen Möglichkeit des Insolvenzverwalters, seinerseits eine freihändige Verwertung durchzusetzen, siehe eingehend *Riel* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2001) § 120 KO Rz 10 ff.

2439 Vgl *W. Faber,* JBl 2012, 424 (424).

2440 Der Masse fließt eine allenfalls erzielte Hyperocha zu, ansonsten reduziert sich immerhin der Forderungsrestbetrag, mit dem der insoweit ungesicherte Gläubiger mit den übrigen Insolvenzgläubigern konkurriert.

setzt sich ein Vorbehaltsverkäufer gegen den Geldkreditgeber, der sich am Warenbestand des Vorbehaltskäufers ein Globalsicherungsrecht hat einräumen lassen, schon deshalb durch, weil der Käufer vor Zahlung des Kaufpreises noch nicht Eigentümer der betreffenden Waren ist und dem Geldkreditgeber ein Sicherungsrecht somit allenfalls an seinem Anwartschaftsrecht verschaffen kann, welches untergeht, wenn der Vorbehaltsverkäufer infolge Zahlungsverzugs vom Kaufvertrag zurücktritt. In vielen Rechtsordnungen wird der Eigentumsvorbehalt zudem in Bezug auf Publizitätsanforderungen begünstigt, indem auf solche praktisch zur Gänze verzichtet wird. Dahinter steht das starke wirtschaftliche Bedürfnis nach einfacher und effektiver Sicherung des »Warenkredits«, dem typischerweise erhebliche Bedeutung für die Finanzierung des Schuldnerunternehmens insgesamt zukommt[2441] und im Fall der Abnahme durch einen Letztverbraucher den Konsum überhaupt erst ermöglicht.

Auch »moderne« Kreditsicherungsmodelle wie Article 9 UCC, der UNCITRAL Legislative Guide und diesen Ansätzen folgend der DCFR anerkennen die besondere Bedeutung dieser Finanzierungen und sehen bestimmte Privilegierungen vor. Sie beschränken diese rechtspolitische Entscheidung allerdings nicht auf jene Sicherungsformen, bei denen sich das gewünschte Ergebnis gleichsam von selbst ergibt, sondern stellen darauf ab, dass die gesicherte Finanzierung **funktional** eine **Anschaffungsfinanzierung** darstellt. Dadurch erweitert sich der Kreis der privilegierten Sicherungsinstrumente; im DCFR auf die in diesem Abschnitt zu besprechende Kategorie der *acquisition finance devices.* Zugleich wird versucht, die Privilegierung auf jene Bereiche zu beschränken, wo sie zur Erreichung des rechtspolitischen Zwecks erforderlich erscheint. Für notwendig erachtet wird eine Bevorzugung vor allem in Hinblick auf die Priorität, in gewissem – durch die Möglichkeiten moderner Registersysteme allerdings beschränktem – Maß auch in Bezug auf Publizitätsanforderungen.[2442]

Als Anknüpfungspunkt für diese Rechtsfolgen schafft Buch IX eine – aus Perspektive des geltenden österreichischen Rechts neuartige, im Kontext internationaler Entwicklungen jedoch naheliegende – zusammenfassende Oberkategorie der *acquisition finance devices.* Diese umfasst nach der Definition in IX.–1:201(3) DCFR drei verschiedene Formen:[2443] Zunächst erfasst der Begriff (a) die schon erwähnten

2441 Vgl statt vieler *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 13 f; *Drobnig* in Verhandlungen des 51. DJT I 16 ff.

2442 Vgl etwa Comment A zu IX.–1:103, Comments zu IX.–1:201 und Comment B zu IX.–4:102, DCFR Full Edition 5396, 5404 f und 5555 f; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 410 ff, 448 f; *Kieninger,* RNotZ 2013, 216 (221 f); *Veneziano* in *Schmidt-Kessel,* Der Gemeinsame Referenzrahmen 125 (136 f); UNCITRAL Legislative Guide 319 ff sowie hierauf aufbauend Art 2(b) und Art 38 ff UNCITRAL Model Law.

2443 Die im Text gebrauchte Nummerierung entspricht jener in IX.–1:201(3) DCFR. Näher zum Folgenden die Comments zu IX.–1:201, DCFR Full Edition 5404 f; vgl auch *W. Faber,* JBl 2012, 424 (425).

retention of ownership devices. Damit sind insbesondere die in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gebräuchlichen Sicherungsformen des Eigentumsvorbehalts und Finanzierungsleasings abgedeckt. Aufgrund funktionaler Äquivalenz wird der Kreis der in das Sonderregime einzubeziehenden Sicherungsinstrumente allerdings noch deutlich weiter gezogen und auf Transaktionen erstreckt, durch die (b) das Eigentum am finanzierten Sicherungsobjekt an den Erwerber übertragen wird, zugleich (oder auch zeitversetzt) jedoch zur Deckung dieser Finanzierung in sonstiger Weise ein Sicherungsrecht an der finanzierten Sache begründet wird. Hier werden zwei Unterfälle unterschieden: Erfasst ist einmal (i) das ebenfalls schon angesprochene **bloße Sicherungsrecht,** das sich der Verkäufer **zur Kaufpreissicherheit zurückbehält,** also gleichsam der »Pfandrechtsvorbehalt« als Äquivalent zum Eigentumsvorbehalt. Das Konzept der *acquisition finance devices* verlangt allerdings nicht zwingend, dass das Sicherungsrecht bereits im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung begründet wird. Es erfasst grundsätzlich auch ein solches Sicherungsrecht, das der Käufer dem Verkäufer zum Zweck der Anschaffungsfinanzierung **nachträglich** einräumt.[2444] Man könnte von einem »nachträglichen Eigentumsvorbehalt« in Form eines nachträglich begründeten Befriedigungsrechts sprechen. Allerdings wirken in solchen Fällen die besonderen Privilegierungen in Bezug auf *effectiveness* und *priority* nicht auf den Übereignungszeitpunkt zurück, sodass der gesicherte Gläubiger bei Kollision mit einem bereits bestehenden Globalsicherungsrecht am Warenbestand des Erwerbers das Nachsehen hat.[2445] Die für *acquisition finance devices* vorgesehenen besonderen Rechtswirkungen treten hier also nur teilweise ein.[2446] Der zweite Unterfall der unter (b) genannten Gruppe betrifft (ii) Sicherungsrechte, die nicht dem Lieferanten, sondern einem **Drittfinanzierer** für die Kreditierung der Anschaffungsmittel eingeräumt werden. Es ist also nach dem DCFR in Drittfinanzierungsfällen nicht, wie etwa nach österreichischem Recht, erforderlich, dass die Sicherheit durch den Veräußerer begründet

---

2444 Vgl Comments zu IX.–1:201, DCFR Full Edition 5405, dort bezeichnet als *»paragraph (3)(b)(i), second alternative«.*

2445 Die *effectiveness* des solcherart begründeten Sicherungsrechts tritt zwar wie bei allen *acquisition finance devices* im Fall einer Registrierung binnen 35 Tagen ab Lieferung rückwirkend bezogen auf den Zeitpunkt der *creation* ein (IX.–3:107(2) DCFR; dazu noch näher unten V.E.2.b.), allerdings kommt es zur *creation* in den hier interessierenden Fällen nicht bereits mit Übergabe, sondern erst mit der späteren Vereinbarung. Für die bei *acquisition finance devices* typische *superpriority* (siehe unten V.E.2.c.) gilt dasselbe, da die Superpriorität an die *effectiveness* anknüpft (IX.–4:102(1) DCFR).

2446 Auch diese verbleibenden besonderen Rechtswirkungen können von durchaus erheblicher Bedeutung sein. So bedarf auch ein nachträglich begründeter *acquisition finance device* für den Eintritt der *effectiveness* (und daran anknüpfend für die Rangwahrung) keiner Registrierung, wenn die Sicherheit von einem Verbraucher bestellt wird (IX.–3:107(3) DCFR). Vgl auch FN 2445 zur grundsätzlich auch hier eintretenden Rückwirkung der *effectiveness* auf den Zeitpunkt der *creation* bei nachträglicher Registrierung binnen 35 Tagen (wenngleich keine Rückwirkung auf den Übergabezeitpunkt möglich ist).

und dem Finanzierer übertragen wird (wie insbesondere im Fall der Einlösung der Kaufpreisforderung zwecks Erwerbs derselben und des vorbehaltenen Eigentums durch die drittfinanzierende Bank). Der Drittfinanzierer kann das Sicherungsrecht auch unmittelbar zu seinen Gunsten begründen. Entsprechend dem oben Ausgeführten erfolgt dies idealerweise vor Lieferung der finanzierten Ware an den Erwerber, in welchem Fall die Privilegierungen für *acquisition finance devices* in vollem Umfang eintreten. Möglich – mit entsprechend reduzierten Rechtswirkungen – ist allenfalls auch hier die nachträgliche Begründung. Zuletzt erfasst das Konzept der *acquisition finance devices* (c) die Rechte eines Dritten, dem eine der oben erwähnten Rechtspositionen **abgetreten** wurde. Hierunter fiele also zB der erwähnte Erwerb des durch den Verkäufer vorbehaltenen Eigentums durch Einlösung der Kaufpreisforderung seitens des Drittfinanzierers.

Allen Varianten ist im Übrigen eines gemeinsam: Der spezielle Status einer Anschaffungsfinanzierungssicherheit bezieht sich immer nur auf jene Forderung, die der Anschaffungsfinanzierung für den konkreten Gegenstand dient.[2447] Ein »erweiterter Eigentumsvorbehalt« (oder äquivalentes Sicherungsinstrument) in dem Sinn, dass auch andere Forderungen des Lieferanten mit abgedeckt werden, ist nicht erfasst. Gleiches gilt umso mehr für »Konzernvorbehalte«.[2448] Auf sonstige »Sonderformen des Eigentumsvorbehalts«, dh namentlich auf Äquivalente zum »verlängerten Eigentumsvorbehalt« im Fall des Weiterverkaufs von Vorbehaltsgut und auf den Fall der Verarbeitung solcher Sachen, wird im passenden Kontext in nachfolgenden Kapiteln eingegangen.[2449]

b. Drittwirksamkeit und Registrierung

Die erste Gruppe von Sonderregeln für *acquisition finance devices* betrifft den Bereich der Drittwirksamkeit solcher Sicherungsrechte. Aus Perspektive des geltenden österreichischen Rechts verdient dabei zunächst eine Bestimmung besondere

2447 Dies ergibt sich zum Teil aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen, vgl zB IX.–1:201 (3)(b): *»… security rights in the sold asset which secure the right (i) of the seller to payment of the purchase price for the encumbered asset …«.* Die Definition der *retention of title devices* in IX.–1:103 DCFR ist insoweit weniger eindeutig, man wird hier aber auf einen durch IX.–1:201(3) DCFR *(»acquisition finance devices«)* einheitlichen verfolgten Normzweck abstellen können. Die hier vertretene Auffassung in Bezug auf *retention of ownership devices* schwingt auch in den Erläuterungen mit, wenngleich sie jedenfalls in Bezug auf die gesicherte Forderung nicht explizit zum Ausdruck kommt. Vgl etwa zur *creation* eines *retention of ownership device* Comment B zu IX.–2:201, DCFR Full Edition 5451.

2448 Einem Konzernvorbehalt stünde jedenfalls dem Wortlaut nach auch IX.–2:401(3) DCFR entgegen, dem zufolge Globalsicherheiten nur jene Forderungen decken, die aus einem Vertrag zwischen dem Schuldner und dem (konkreten) Gläubiger erwachsen. Allerdings ist nicht gänzlich geklärt, ob diese Bestimmung zwingenden Charakter beansprucht oder dispositiver Natur ist; vgl oben V.C.4.b. aE.

2449 Siehe unten V.F.2. bzw V.F.3.

Beachtung, die im Gesamtsystem von Buch IX gerade keine Sonderregel darstellt, sondern sich auf die Wiederholung eines allgemeinen Grundsatzes beschränkt: Ein *acquisition finance device* bedarf zu seiner »Drittwirksamkeit« im Sinne des *effectiveness*-Konzepts der **Registrierung** (IX.–3:107(1) DCFR). Sonderregeln bestehen hier nur insofern, als diese Registrierung nicht unbedingt sofort erfolgen muss, sondern die Vornahme innerhalb einer Gnadenfrist von 35 Tagen ab Lieferung genügt. Zweitens wird auf die Registrierungsvoraussetzung überhaupt verzichtet, wenn es sich beim Sicherungsgeber (Erwerber) um einen Verbraucher handelt (IX.–3:107(2) bzw (3) DCFR). Im Folgenden wird zunächst dieses Regelungskonzept näher erläutert; im Anschluss erfolgt eine Bewertung im Hinblick darauf, ob die Lösung als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht akzeptabel erscheint.

1. Wenn man im vorliegenden Zusammenhang von »Drittwirksamkeit« spricht, ist zu beachten, dass sich das in IX.–3:107 DCFR statuierte Registrierungserfordernis auf den Aspekt der ***effectiveness*** im Sinne von Kapitel 3 beschränkt. Nur gegenüber den in IX.–3:101(1) DCFR genannten Typen von Dritten ist der Registereintrag also Wirksamkeitsvoraussetzung; praktisch also vor allem gegenüber ursprünglich ungesicherten Drittgläubigern, die entweder Zwangsvollstreckung in das Sicherungsgut führen oder die nun nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter repräsentiert werden. Gegenüber einem späteren Erwerber des Eigentumsrechts an der belasteten Sache oder dem späteren Erwerber eines Sicherungsrechts an der Sache wirkt auch ein *acquisition finance device* stets ab *creation,* typischerweise also ab Lieferung der Sache, auch wenn eine Registrierung weder sofort noch nach 35 Tagen noch zu einem sonstigen Zeitpunkt erfolgen sollte. Eine erfolgte Registrierung kann wie auch sonst allerdings insofern eine erhebliche Rolle spielen, als sie den gutgläubigen lastenfreien Eigentumserwerb ebenso wie den gutgläubigen Erwerb eines Sicherungsrechts an der Sache grundsätzlich ausschließt.[2450] Wann die Registrierung erfolgt ist, spielt für die Wirkung gegenüber dem Sacherwerber und dem Erwerber eines Sicherungsrechts allerdings keine entscheidende Rolle, solange sie nur vor dem Rechtserwerb durch diesen Dritten vorgenommen worden ist.

Für die Registrierung und deren Wirkung im Rahmen der *effectiveness* gelten im Grundsatz die allgemeinen Regeln. Praktisch wichtig ist dies insbesondere für die auch hier gegebene Möglichkeit eines *advance filing* (IX.–3:305(2) DCFR): Die Registrierung kann auch vor der jeweiligen *creation* des Sicherungsrechts – die im Regelfall mit Lieferung der Sache gegeben ist – erfolgen. Daraus ergibt sich, dass

2450 Vgl die ausführliche Erörterung oben V.D.1.a.(i.). Die dortigen Ausführungen gelten auch im vorliegenden Zusammenhang, darunter besonders auch jene zu den Ausnahmen von der Kenntnisfiktion nach IX.–6:102(2)(a) und (b) DCFR.

die *effectiveness* mit einem **einzigen**, entsprechend breit formulierten **Registereintrag** für alle unter einem entsprechenden *acquisition finance device* erfolgenden Lieferungen im Rahmen einer Geschäftsbeziehung praktisch »in einem Aufwaschen« hergestellt werden kann. Der Eintrag gilt für maximal fünf Jahre und kann vor Ablauf dieser Frist erneuert werden.[2451] Es liegt auf der Hand, dass gerade diese Möglichkeit eine ganz erhebliche Erleichterung für die Parteien darstellt, dem Registrierungserfordernis zu entsprechen.

Eine zweite Erleichterung sieht IX.–3:107(2) DCFR vor, dem zufolge bei Registrierung **innerhalb von 35 Tagen ab Übergabe** der Sache die *effectiveness* iSv Kapitel 3 rückwirkend mit dem Zeitpunkt der *creation* des *acquisition finance device* eintritt. Ist das Sicherungsrecht spätestens im Zeitpunkt der Übergabe vereinbart worden, ergibt sich daraus eine **Rückwirkung auf den Lieferzeitpunkt.**[2452] Die Rückwirkung ist insbesondere für die Effektivität der in IX.–4:102(1) DCFR angeordneten Superpriorität von Bedeutung, da diese ausdrücklich an die *effectiveness* anknüpft.[2453] Die Regelung bezweckt, dass von einer Registrierung bei Warenlieferungen mit kurzfristigem Zahlungsziel abgesehen werden kann, sofern der Erwerber pünktlich zahlt. Die Bemessung der 35-Tage-Frist geht übrigens davon aus, dass Käufern oft eine 30-tägige Zahlungsfrist eingeräumt wird. Geht die Zahlung nicht rechtzeitig ein, hat der Verkäufer (bzw sonstige Sicherungsnehmer) immer noch etwas Zeit, den Registereintrag vor Ablauf der 35 Tage herbeizuführen.[2454] Für österreichische Verhältnisse scheinen diese Annahmen grundsätzlich angemessen zu sein. Nach einer Erhebung zum Jahr 2013 betrugen in Österreich die vereinbarten Zahlungsziele durchschnittlich (nach Bundesländern verschieden) zwischen 24 und 27 Tagen, die tatsächliche Zahlungsdauer zwischen 28 und 32 Tagen;[2455] für das Jahr 2021 wird von einer durschschnittlichen Zahlungsdauer von 24 Tagen berichtet.[2456] Der praktische Wert dieser vom DCFR

2451 Zur Frist siehe die allgemeinen Regeln in IX.–3:325 f DCFR. Ein entsprechendes Konzept gilt nach dem UCC, vgl etwa *Kieninger,* RNotZ 2013, 216 (219) mwN.

2452 Zur *creation* eines *retention of ownership device* IX.–2:201 DCFR, zur *creation* eines *security right by retention* IX.–2:113 DCFR. Im Fall einer erst nach Lieferung erfolgten Vereinbarung des Sicherungsrechts kann die Rückwirkung nur bis zum Vereinbarungszeitpunkt reichen; vgl bereits oben V.E.2.a. bei FN 2445.

2453 Entsprechend stellt IX.–3:107(3) DCFR klar, dass eine später als 35 Tage nach Lieferung vorgenommene Registrierung keine Rückwirkung entfaltet und auch keine Superpriorität bewirkt.

2454 Vgl Comment C zu IX.–3:107, DCFR Full Edition 5483; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 454; *Kieninger,* RNotZ 2013, 216 (218). Eine ähnliche Bestimmung, allerdings mit 20-tägiger Frist, enthält § 9-324(a) UCC. Der UNCITRAL Legislative Guide sieht 20 bis 30 Tage vor. Art 38 UNCITRAL Model Law nennt keine bestimmte Frist.

2455 KSV 1870 Trendumfrage Zahlungsmoral 2013, vormals abrufbar unter <https://www.ksv.at>.

2456 Der Wert bezieht sich auf Firmenkunden. Bei Privatkunden beträgt er 13 Tage, in Bezug auf Zahlungspflichten des Bundes hingegen 33 Tage. Siehe die Pressemeldung des KSV 1870 vom 20.10.2021 unter <https://www.ksv.at/pressemeldungen/zahlungsmoral-corona-krise-weiter-verbessert>.

eingeräumten *grace period* ist gleichwohl schwierig zu beurteilen. Dies liegt weniger an Fragen der Fristbemessung, sondern daran, dass die Registrierung nach dem – grundsätzlich sinnvollen – Modell des DCFR stets einer formellen Zustimmung *(consent)* des Sicherungsgebers, im vorliegenden Zusammenhang also des Erwerbers, bedarf.[2457] Will der Veräußerer in Bezug auf die *effectiveness* seines Sicherungsrechts kein Risiko eingehen, muss er den *consent* des Erwerbers also im Wege einer Vorab-Zustimmung vor Auslieferung der Ware einholen, selbst wenn ein kurzes Zahlungsziel vereinbart ist. Dies setzt neben einem gewissen administrativen Aufwand in Zusammenhang mit der eigentlichen Zustimmungserteilung voraus, dass der Erwerber im Register überhaupt »angemeldet« ist *(enrolment),* da er sich sonst für die konkrete Zustimmungserklärung nicht authentifizieren kann (IX.–3:304 DCFR).[2458] Praktisch wird dieses Problem natürlich dann erheblich entschärft, wenn im Rahmen einer Geschäftsverbindung eine Pauschalregistrierung geschaffen wurde.

Schließlich wird vom Registrierungserfordernis wie erwähnt dann zur Gänze abgesehen, wenn der Sicherungsgeber (Erwerber) **Verbraucher** ist (IX.–3:107(4) DCFR). Die *effectiveness* des *acquisition finance device* tritt in diesem Fall ohne weitere Voraussetzungen ein, mithin im Zeitpunkt der *creation* des Sicherungsrechts. Auch diese Regelung hat internationale Vorbilder.[2459] Sie erklärt sich im Wesentlichen aus verschiedenen ineinandergreifenden Praktikabilitätserwägungen: Gerade bei Verbrauchern mag es am erforderlichen *enrolment* zum Registersystem relativ häufig fehlen[2460] und müsste dann eigens für das konkrete Geschäft erwirkt werden. Zudem wird der Registrierungsaufwand häufig außer Verhältnis zum Kreditvolumen und damit zum Risiko des Sicherungsnehmers stehen. Die freiwillige Vornahme eines Registereintrags ist im Übrigen auch im Fall einer Verbrauchersicherheit ohne weiteres möglich. Sogar notwendig wird eine Registrierung auch bei Bestellung der Sicherheit durch einen Verbraucher dann, wenn (bzw insoweit) sie sich auch auf andere Vermögenswerte als das angeschaffte Gut bezieht, insbesondere auf *proceeds* wie eine Versicherungssumme oder den Erlös aus einer allfälligen Weiterveräußerung der Sache.

2. Die **Bewertung** dieses Gesamtkonzepts eines (grundsätzlichen) Registrierungserfordernisses von *acquisition finance devices* gehört bestimmt zu den rechts-

---

2457 Näher oben V.D.2.b.(i.) unter 4.

2458 Kritisch zum vorherigen *consent*-Erfordernis in Zusammenhang mit *acquisition finance devices* aus diesem Grund *Hamwijk,* Publicity 363 f, die hierzu auch einige alternative Lösungsansätze diskutiert.

2459 Vgl etwa § 9-309(1) UCC und dazu *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV[5] 133 ff (insb 138 ff); *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 376 f; *Kieninger,* RNotZ 2013, 216 (219).

2460 Insoweit relativiert sich im Übrigen das oben bei FN 2458 aufgezeigte Problem in gewissem Umfang: Soweit der Erwerber Verbraucher ist, greift ohnehin die Ausnahme des IX.–3:107(4) DCFR.

politisch kontroversesten Fragen, wenn man eine Reform nach dem Vorbild des DCFR andenkt. Denn es geht hier nicht darum, ein besitzloses Sicherungsrecht zuzulassen, wo zuvor praktisch keines bestand (wie in Österreich für die Verpfändung von Fahrnis), oder ein einigermaßen funktionierendes Publizitätssystem durch ein anderes zu ersetzen (wie in Bezug auf die Publizierung der Sicherungszession durch Buchvermerk oder Drittschuldnerverständigung). Es geht vielmehr darum, ein publizitätslos etabliertes Sicherungsinstrument – den Eigentumsvorbehalt – für bestimmte Rechtswirkungen erstmals an Publizitätsvoraussetzungen zu knüpfen. Für den »Verkehr«, konkret für Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber, würden sich somit »Hemmnisse« ergeben, die derzeit inexistent sind. Dieses Mehraufwand-Argument ist ein wesentlicher Gesichtspunkt in der zu treffenden Abwägung, es ist aber bei weitem nicht der einzige. Andere Interessen sprechen sehr wohl und auch sehr deutlich für ein Registrierungserfordernis, namentlich – sofern man deren Interessen für schutzwürdig und eine Warnung im Register grundsätzlich für ein taugliches Instrument erachtet – jene ungesicherter Drittgläubiger. Diesen muss über das Register ein Hinweis auf die bestehende Belastung zugänglich gemacht werden, widrigenfalls sie sich auf die Unwirksamkeit des Sicherungsrechts ihnen gegenüber berufen können. Angesichts der großen Verbreitung von Eigentumsvorbehalt und Finanzierungsleasing und deren unbestritten erheblichen Beitrags zum Phänomen massearmer Konkurse wird man diesem Gesichtspunkt doch einiges an Gewicht beimessen können.[2461] Auch der Gesichtspunkt der möglichst weitgehenden Vollständigkeit des Registers spielt insoweit eine Rolle. Die Registrierung nützt darüber hinaus dem gesicherten Gläubiger selbst, indem sie – soweit jedenfalls keine der Ausnahmen des IX.–6:102(2) DCFR eingreift – sein Risiko eines Rechtsverlusts durch Gutglaubenserwerb ausschaltet. Dazu kommt ein Gleichbehandlungs- bzw Antidiskriminierungsargument: Der verschiedentlich beklagte Wettbewerbsvorteil, den Warenkreditgeber aufgrund der singulären Publizitätslosigkeit des Eigentumsvorbehalts nach geltendem Recht für sich verbuchen können,[2462] wäre weitgehend (Verbrauchersicherheiten freilich ausgenommen) Geschichte.

Der belgische Gesetzgeber hat jüngst davon Abstand genommen, dem DCFR und anderen internationalen Vorbildern insoweit zu folgen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien bestand das Hauptargument in der Überlegung, eine »isolierte« Einführung dieses Modells im Gegensatz zu den wirtschaftlich bedeutenden Nach-

2461 Zu beachten ist hier, dass Sicherungsnehmer bei Geltung des DCFR-Registrierungsregimes für *acquisition finance devices* eine Registrierung typischerweise schon wegen der begünstigten Prioritätswirkungen umgehend (zumindest innerhalb von 35 Tagen ab Lieferung) vornehmen werden. Das oben V.D.1.a.(i.)(γ) unter 2. diskutierte Problem, dass die Wirkungen der *effectiveness* auch noch durch relativ späte Registrierung hergestellt werden können, dürfte sich also – hier erst recht – praktisch kaum stellen.

2462 Siehe *Harrer,* Sicherungsrechte 123 f.

barrechtsordnungen sei gegenwärtig nicht ratsam.[2463] Dieses Argument verliert zwangsläufig erheblich an Gewicht, wenn eine größere Zahl europäischer Rechtsordnungen oder überhaupt alle Mitgliedstaaten der EU in einem koordinierten Prozess dieselbe Lösung anstreben. Es ist vielleicht auch unabhängig vom Einsetzen einer breiteren europäischen Reformwelle nicht allzu gewichtig; man denke an das bereits bestehende, freilich anders konzipierte Registrierungserfordernis für Eigentumsvorbehalte im schweizerischen Recht.[2464] Es bleibt dann im Wesentlichen das schon angesprochene Mehraufwand-Argument. Auch dieses wird allerdings in weiten Bereichen erheblich relativiert und teilweise überhaupt entkräftet. Denn der Registrierungsaufwand fällt dann nicht mehr nennenswert ins Gewicht, wenn mit einem einzigen Registereintrag mehrere, im Grunde sogar alle Lieferungen für einen Zeitraum von fünf Jahren »effektiv« gemacht werden können. Und beim Verbrauchergeschäft kann von der Registrierung überhaupt abgesehen werden. Schon dies könnte es mE unter Interessengesichtspunkten rechtfertigen, die Weiterentwicklung des österreichischen Rechts auch in dieser Hinsicht am DCFR auszurichten.

Hinzu käme, dass die Lösung des DCFR zumindest nach Dafürhalten des Verfassers dem Bedürfnis nach dogmatischer Wertungskohärenz besser entspricht als das gegenwärtige österreichische Recht. Dieses krankt ja wie ausführlich erörtert daran, die publizitätslose Zulässigkeit allein des Eigentumsvorbehalts (und des Finanzierungsleasings) nicht befriedigend erklären zu können.[2465] Einzuräumen ist natürlich, dass auch der DCFR eine völlige Gleichbehandlung nicht erreicht. In Gestalt der 35-tägigen Gnadenfrist und vor allem im Bereich der Verbrauchersicherheiten geht auch er Kompromisse ein. Man kann die konkrete Ausgestaltung dieser Kompromisse durchaus diskutieren, etwa dahin, bei der Finanzierung wirtschaftlich bedeutender Anschaffungen (zB beim Kfz-Erwerb) auch Verbrauchersicherheiten dem allgemeinen Regime zu unterstellen. Hinsichtlich seiner Ausrichtung im Groben erachte ich das DCFR-Modell in Bezug auf die Publizität von Anschaffungsfinanzierungssicherheiten jedoch für begrüßenswert.

c. *Superpriorität*

Der zweite Bereich, in dem der DCFR Sonderregeln für *acquisition finance devices* vorsieht, ist mE rechtspolitisch weit weniger problematisch. Es werden hier wie bereits eingangs angedeutet teilweise bloß Ergebnisse, die auch das geltende

---

2463 Vgl oben IV.D.2. aE und IV.D.7.a.

2464 Siehe Art 715 Abs 1 ZGB und hierzu aus österreichischer Sicht zuletzt *Aichinger,* Eigentumsvorbehalt 5 ff, 17 ff; eingehend jüngst *Loher,* Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt im schweizerischen Recht (2018) 59 ff.

2465 Dazu oben III.D.1.a.

Recht zeitigt, in lediglich verändertem konzeptionellem Gewand fortgeschrieben. Die wesentliche Innovation gegenüber dem gegenwärtigen österreichischen Recht bestünde darin, dass die bisher vom (vorbehaltenen) Eigentum als Vollrechtsform abgeleiteten Rechtsfolgen auf funktional äquivalente Sicherungsinstrumente ausgeweitet werden. Dies ist nach Ansicht des Verfassers nur zu begrüßen. Ein zweiter Innovationsaspekt gegenüber dem geltenden österreichischen Recht liegt darin, dass sich die nach der Grundregel bestehende Superpriorität am gelieferten Gegenstand auch in dessen Surrogate erstrecken lässt. Auch dies ist als konsequente Fortentwicklung grundsätzlich positiv zu sehen.

Im Einzelnen gilt Folgendes:[2466] *Effectiveness* nach den im vorigen Kapitel erörterten Regeln vorausgesetzt, genießen *acquisition finance devices* **Vorrang** gegenüber allen – auch früher registrierten – Sicherungsrechten oder anderen beschränkten dinglichen Rechten, die **am betreffenden Vermögenswert durch den Sicherungsgeber begründet** werden (IX.–4:102(1) DCFR). Zweck dieser Regelung ist insbesondere, dass *acquisition finance devices* Vorrang gegenüber früher eingetragenen Globalsicherheiten zukommt, die der Sicherungsgeber, also der Erwerber der finanzierten Sache (zB der Vorbehaltskäufer), einem Dritten (zB seiner Hausbank) über sein Mobiliarvermögen eingeräumt hat.[2467]

Soweit es nur um die Rechte an der gelieferten **Sache selbst** geht, ist dieses Ergebnis, wie bereits angemerkt, aus Sicht des österreichischen Rechts nicht neu. Es ergibt sich nach geltendem Recht aus der traditionellen Qualifikation des Vorbehaltsverkäufers als Eigentümer. Räumt der Käufer an seinen Sachen einem Dritten eine Globalsicherheit ein, kommt ihm über das Vorbehaltsgut noch keine Verfügungsbefugnis zu, sondern lediglich über das ihm als Vorbehaltskäufer zustehende Anwartschaftsrecht. Funktional ist der Globalsicherheitennehmer somit nachrangig gesichert: Aus der Sache kann er sich erst befriedigen, wenn der »vorrangige« Vorbehaltsverkäufer den Kaufpreis erhalten hat. Aus dem Anwartschaftsrecht wiederum kann er keine Befriedigung erlangen, wenn der Vorbehaltsverkäufer wegen Zahlungsverzugs des Verkäufers vom Vertrag zurücktritt und die Sache herausverlangt.

Anders als nach geltendem Recht kann sich der Vorbehaltsverkäufer – oder ein sonstiger durch *acquisition finance device* gesicherter Gläubiger – nach dem Modell des DCFR aber auch dann gegen den zeitlich früher globalgesicherten Gläubiger des Käufers durchsetzen, wenn der Vorbehaltskäufer die **Sache weiterverkauft.** Wird nämlich das Sicherungsrecht vertraglich auf *proceeds* erstreckt und die Erstreckung mitsamt dem ursprünglich belasteten Gut registriert,[2468] genießt

2466 Der nachstehende Text folgt weitgehend (auch wörtlich) einem früheren Beitrag des Verfassers, siehe *W. Faber,* JBl 2012, 424 (426).
2467 Vgl Comment B zu IX.–4:102, DCFR Full Edition 5555 f.
2468 Dazu unten V.F.3.b.

der Vorbehaltsverkäufer weiterhin Superpriorität und somit hinsichtlich der Kaufpreisforderung Vorrang auch gegenüber einem früheren Globalsicherungsnehmer, dessen Sicherungsrecht auch den Forderungsbestand des Vorbehaltskäufers umfasst. Im Ergebnis entspricht dieser Ansatz der »Vertragsbruchtheorie« des deutschen BGH[2469] sowie dem französischen Modell einer »Kaufpreisvindikation« infolge dinglicher Subrogation.[2470] Der Begründungsansatz des BGH hat sich in Österreich vor allem deshalb nicht durchgesetzt, weil die ältere Globalzession dem späteren Vorbehaltsverkäufer aufgrund der geltenden Publizitätsanforderungen erkennbar und deshalb ein Sittenwidrigkeitsurteil nicht gerechtfertigt sei. Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten ist die Problematik bislang kaum diskutiert worden.[2471] Der *proceeds*-Ansatz des DCFR stellt demgegenüber eine dogmatisch »saubere« Lösung dar und überzeugt mE auch in rechtspolitischer Hinsicht. Denn die Interessenlage im Verhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Globalsicherungsnehmer erfährt durch den Weiterverkauf des Vorbehaltsguts durch den Vorbehaltskäufer (und die dadurch gleichsam erfolgende »Umwandlung« der ursprünglichen Sache in eine Geldforderung auf den Weiterveräußerungspreis) keinerlei Veränderung. Der DCFR stärkt – gemessen am Ergebnis in Einklang mit der Rechtsentwicklung in mehreren Rechtsordnungen – die Bestandsfestigkeit der ursprünglichen Verkäufersicherheit, ohne dem Globalsicherungsrecht des Geldkreditgebers einen bereits vorhandenen Wert wegzunehmen. Dies überzeugt auch als Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht.

Im Verhältnis zu anderen, insbesondere durch den Vorbehaltsverkäufer schon vor Übergabe an den Erwerber begründeten Sicherungsrechten an der Sache gilt die *superpriority*-Regel des IX.–4:102(1) DCFR im Übrigen nicht.[2472] Die Priorität bestimmt sich insofern nach der allgemeinen Regel des IX.–4:101 DCFR, also nach der Reihenfolge des Eintritts der *effectiveness.* Dasselbe gilt im Verhältnis zu weiteren, durch ein nachgeordnetes Glied der Absatzkette begründeten Sicherungsrechten (zB gegenüber einem vom Abnehmer des Vorbehaltskäufers eingeräumten Globalsicherungsrecht über dessen Warenbestand). Die für die Anschaffungsfinanzierung eingeräumte Sicherheit soll sich nach dem vom DCFR verfolgten Grundkonzept also nicht »ewig« (dh über weitere Absatzstufen) an der Sache selbst fortsetzen; die Sache soll vielmehr möglichst ungehindert zirkulieren können.[2473]

2469 Vgl Comment C zu IX.–4:105, DCFR Full Edition 5568 f; *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 451 ff. Zur »Vertragsbruchtheorie« oben III.C.2.c.(ii.) und IV.A.2.b.(iii.).

2470 Hierzu oben IV.C.6.b. aE.

2471 Vgl abermals oben III.C.2.c.(ii.).

2472 Dies folgt aus der in IX.–4:102(1) DCFR vorgenommenen Beschränkung der Bevorzugung gegenüber Rechten, die durch den Sicherungsgeber begründet werden. Vgl Comment B zu IX.–4:102, DCFR Full Edition 5555 mit Beispielen.

2473 Vgl hierzu die ebenfalls schon mehrfach angesprochene gesetzliche Verfügungsbefugnis für weite Bereiche des Verkaufs im ordentlichen Geschäftsbetrieb nach IX.–5:204 DCFR. Zu dieser Bestimmung vor allem V.C.2.b.(i.) unter 2.; siehe auch V.D.1.a.(i.) (α) unter 3.

Der gesicherte Gläubiger (Vorbehaltsverkäufer) soll vielmehr von der oben erwähnten Möglichkeit der Erstreckung seines Sicherungsrechts in *proceeds* Gebrauch machen und wird hierfür auch mit fortgesetzter Superpriorität belohnt.

F. Fortbestand der Sicherheit bei Veränderungen in Bezug auf das Sicherungsgut

1. Allgemeines

Dieses abschließende Kapitel zur Prüfung der Frage, ob sich die im DCFR vorgeschlagenen Konzepte als Entwicklungsperspektive für das österreichische Mobiliarsicherungsrecht anbieten, widmet sich einem Problembereich, den man zusammenfassend als »Wahrung des Bestandsinteresses am Sicherungsrecht« umschreiben könnte: Ein dingliches Sicherungsrecht – gleich ob *security right* im technischen Sinne oder *retention of ownership device* – ist wirksam begründet worden, danach ergeben sich allerdings Veränderungen unterschiedlicher Natur in Bezug auf das Sicherungsgut: Die Sache wird zB zerstört, verarbeitet, verkauft. In all diesen Fällen ist der Sicherungsnehmer grundsätzlich daran interessiert, dass »seine Sicherheit«, in welcher Form auch immer, aufrecht bleibt und nicht verloren geht. Die Ansätze und insbesondere auch die praktischen Ergebnisse zu derartigen Problemlagen weichen, wie sich am Beispiel der Veräußerung und Verarbeitung von Vorbehaltsgut in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen gezeigt hat, nicht nur von Rechtsordnung zu Rechtsordnung, sondern oft auch innerhalb ein und derselben Rechtsordnung je nach Typus der eintretenden Veränderung erheblich voneinander ab. Für einen Überblick kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden.[2474] Dort wurde auch festgehalten, dass hinter den unterschiedlichen Lösungen häufig Gründe eher konzeptioneller Natur stehen, und die vorläufige Schlussfolgerung gezogen, dass »optimale« Lösungen zunächst doch eher auf einer rechtspolitischen Ebene gesucht werden sollten, bevor Entscheidungen über rechtstechnische Konstruktionen in den Vordergrund treten.

Buch IX DCFR geht im Wesentlichen von einer solchen **allgemeinen rechtspolitischen Grundentscheidung** aus: (1) Dem Sicherungsnehmer soll – untechnisch gesprochen – eine **Erstreckung bzw** ein **Fortwirken** seiner Sicherheit in jeweils entstehende Surrogate grundsätzlich **ermöglicht** werden. (2) Diese Erstreckung soll jedoch – jedenfalls in den meisten Fällen – **nicht automatisch** erfolgen, sondern setzt voraus, dass der Sicherungsnehmer aktiv wird: Weitgehend muss die Erstreckung vereinbart werden und bedarf zum Eintritt ihrer *effectiveness* (und daran anknüpfend wiederum für die Rangwahrung) einer Registrierung. Gemessen am

2474 Siehe die geraffte Übersicht oben IV.F.1.b. unter 8. mit Hinweisen auf die näheren Erörterungen zu einzelnen Rechtsordnungen.

oben erwähnten rechtsvergleichenden Befund in Bezug auf europäische Rechtsordnungen bedeutet dies bereits zu dem unter (1) erwähnten Aspekt vielfach eine deutliche Ausweitung der Bestandsfestigkeit des Sicherungsrechts. Vermieden wird hingegen ein völlig automatisches Ausdehnen »der Sicherheit« in alle möglichen Surrogate, die sich aus der belasteten Sache ergeben mögen, wie dies etwa Article 9 UCC und der UNCITRAL Legislative Guide vorsehen.[2475] Diese grundsätzliche rechtspolitische Ausrichtung verdient mE Zustimmung: Im (bloßen) Aufrechterhalten des Sicherungswerts liegt ein prinzipiell legitimes Interesse des Sicherungsnehmers. Diese Wertung ist dann besonders gut nachvollziehbar, wenn der gesicherte Gläubiger dabei weder dem Sicherungsgeber noch Dritten etwas »wegnimmt«. Die Entscheidung, dass der Sicherungsnehmer zur Wahrung dieser Interessen eine Vereinbarung und Registrierung herbeiführen muss, gründet sich nicht bloß im Bestreben, es dem gesicherten Gläubiger nicht allzu einfach zu machen. Insoweit könnte ja eingewandt werden, dem Sicherungsnehmer würden dadurch bloß »Fallen« gestellt, in die er tappen und damit sein Sicherungsrecht einbüßen könnte, sowie dass durch derartige Erfordernisse lediglich Transaktionskosten unnötig in die Höhe geschraubt würden. Vielmehr geht es auch um Interessen Dritter. Die Comments akzentuieren diesen Gedanken zum Teil so, dass auch anderen Kreditgebern eine faire Chance belassen werden solle, ihre Sicherungsinteressen durch Belastung von Surrogaten auf dem ursprünglichen Sicherungsgut zu decken.[2476] Ganz allgemein fördert der DCFR-Ansatz aber auch die Erkennbarkeit derart erstreckter Belastungen für Dritte im Wege des Registers. Damit leisten letztlich auch die Regelungen über die Erstreckung von Sicherungsrechten in Surrogate einen Beitrag zum allgemeinen Ziel der möglichst großen Vollständigkeit des Registers.

In rechtstechnischer Hinsicht bedient sich Buch IX zur Umsetzung dieser Grundwertungen im Wesentlichen zweier Konzepte: Soweit es um Verarbeitung, Verbindung oder Vermengung bzw Vermischung von Sicherungsgut mit Vermögenswerten eines anderen geht, wird die Lösung durch Rückgriff auf **sachenrechtliche** Grundregeln zur Bewältigung eben dieser Tatbestände gesucht. Im Übrigen wird mit dem aus der Tradition des Common Law entlehnten Konzept der ***proceeds*** (etwa: Surrogate oder Erlös iwS) operiert.

2475 Vgl § 9-203(f) iVm § 9-315 UCC und UNCITRAL Legislative Guide 83 ff mit Recommendation 19 (jeweils automatische Erstreckung des Sicherungsrechts in identifizierbare *proceeds);* hierauf aufbauend Art 10(1) und Art 19 UNCITRAL Model Law und UNCITRAL Guide to Enactment 22, 35 f (Rn 59 ff, 97 ff). – Zustimmend zum zurückhaltenderen Ansatz des DCFR *Macdonald,* ZEuP 2009, 745 (763 ff, insb 768 f); siehe auch *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 450 ff. Aus den Erläuterungen zu Buch IX selbst siehe etwa Comment A zu IX.–2:306, DCFR Full Edition 5458 f (zur grundsätzlich nicht-automatischen Erstreckung in *proceeds)* und Comments zu IX.–3:310, DCFR Full Edition 5511 (zum Registrierungserfordernis).

2476 So in Comment A zu IX.–2:306, DCFR Full Edition 5458 f. Zum Obigen siehe *Macdonald,* ZEuP 2009, 745 (768 f).

Es soll im Folgenden genügen, für jedes dieser beiden Grundkonzepte ein – praktisch besonders bedeutsames – Beispiel etwas näher durchzuspielen, um neben der grundsätzlichen rechtspolitischen Ausrichtung auch die Funktionsfähigkeit der Regelungen im Detail zumindest ausschnittsweise überprüfen zu können. Die Untersuchung konzentriert sich in diesem Sinne auf den Fall der Verarbeitung als Beispiel für das sachenrechtliche Konzept und auf jenen der Erstreckung des Sicherungsrechts in Weiterveräußerungserlöse als Beispiel für den *proceeds*-Ansatz.[2477] Welcher Art das am ursprünglich belasteten Vermögenswert bestehende Sicherungsrecht ist *(security right* oder *retention of ownership device),* spielt keine entscheidende Rolle, wiewohl auf Ebene der *creation* aus rechtstechnischen Gründen zum Teil getrennte Regelungen vorgesehen sind.

2. Verarbeitung von Sicherungsgut als Beispiel einer »Erstreckung« durch sachenrechtliche Regelungen

a. Der Lösungsansatz des DCFR

1. Vorauszuschicken ist, dass Buch IX im Falle besitzloser Sicherheiten ganz generell davon ausgeht, dass das Sicherungsgut trotz erfolgter Belastung seiner wirtschaftlichen Bestimmung weiter dienen soll. In Bezug auf »Industriematerial« wie Rohmaterialien und Halbfertigwaren wird daher dem Sicherungsgeber, der solche Sachen in seinem Besitz hat (zB einem Produzenten, der solche Waren unter Eigentumsvorbehalt angeschafft hat), bereits kraft Gesetzes eine Verarbeitungsbefugnis eingeräumt. Das Gegenteil müsste ausdrücklich vereinbart werden (IX.–5:203 DCFR). Hiervon profitiert der Schuldner und mittelbar trotz Zerstörung des Sicherungsguts in gewisser Weise auch der gesicherte Gläubiger, da das Schuldnerunternehmen Mittel zur Kreditbedienung generieren kann.[2478] Umgekehrt ergibt sich ein verstärktes Bedürfnis des Sicherungsnehmers, sein Sicherungsrecht zumindest in anderer Weise als am ursprünglich belasteten Material fortwirken lassen zu können. Buch IX greift hierfür wie angedeutet auf sachenrechtliche Grundkonzepte zurück.

Der »sachenrechtliche Ansatz« zur Wahrung der Bestandsinteressen des Sicherungsnehmers beruht auf einem – rechtstechnisch zugegebenermaßen kom-

2477 Ausgeklammert bleiben kann aus dem vorliegenden Kapitel hingegen ein weiterer Fall von Veränderung betreffend das Sicherungsgut, nämlich der »Ersatz« von ausscheidenden Stücken durch neu hinzutretende im Rahmen von revolvierenden Sicherheiten (zB an einem Warenlager). Hierzu bedarf es keiner besonderen Regelungen. Die Begründung der Sicherheit am eintretenden Gut erfolgt durch vorherige Vereinbarung und zeitlich gestreckte *creation,* die »Effektivität« im Sinne von Kapitel 3 sowie die Rangwirkung werden durch Vorab-Registrierung *(advance filing)* hergestellt.

2478 Zum angeführten Zweck und Inhalt dieser Regelung siehe die Comments zu IX.–5:203, DCFR Full Edition 5580.

pliziert ausgefallenen – **Zusammenspiel von** Regelungen in **Buch IX mit** solchen aus **Buch VIII** DCFR, welches sich Fragen des Erwerbs und Verlusts von Eigentum an beweglichen körperlichen Sachen widmet. Das dortige Kapitel 5 regelt das Schicksal des Eigentumsrechts an Sachen, aus denen im Wege der Verarbeitung neue Sachen hergestellt werden *(production,* VIII.–5:201 DCFR), die mit anderen (grob gesprochen) ununterscheidbar vermischt oder vermengt werden *(commingling,* VIII.–5:202 DCFR) oder die auf sonstige Weise derart miteinander verbunden werden, dass eine Trennung unmöglich oder wirtschaftlich unvernünftig wäre *(combination,* VIII.–5:203 DCFR). Zentrales rechtspolitisches Ziel dieser Regelungen ist es, den Eigentümern der betroffenen Einzelsachen als Äquivalent für ihr ursprüngliches Eigentumsrecht ein dingliches Recht an der neu geschaffenen Einheit zu verschaffen, sodass sie auch in einer allfälligen Insolvenz eines anderen Beteiligten jedenfalls gesichert bleiben. Damit wird das »Wertinteresse« der ursprünglichen Eigentümer gewahrt. Zugleich wird darauf Bedacht genommen, dass die neu geschaffene Einheit einer wirtschaftlich sinnvollen Verwendung zugeführt werden kann. Diese besteht beispielsweise im Fall der Verarbeitung typischerweise darin, dass der Produzent die neu entstandene Sache verkauft. Es wird daher, um solchen »Souveränitätsinteressen« des Produzenten nicht zuwider zu laufen, im hier primär interessierenden Fall der Verarbeitung diesem das Alleineigentum am Produkt zugewiesen. Die oben angesprochenen Wertinteressen der Materialeigentümer werden – so der innovative Ansatz in Buch VIII – dadurch gesichert, dass diesen für ihren schuldrechtlichen Wertersatzanspruch für das eingebüßte Material ex lege ein dingliches Sicherungsrecht am Produkt erwächst. Sollte der Produzent in Konkurs fallen, blieben die ehemaligen Materialeigentümer für ihren ursprünglichen Sachwert weiterhin dinglich gesichert. Die Lösung entspricht im Übrigen hinsichtlich ihrer »dinglichen Wertsicherung« im Groben dem österreichischen Recht, das in den §§ 414 f ABGB Miteigentum der Beteiligten anordnet. Sie vermeidet jedoch mögliche praktische Nachteile einer uU unfreiwilligen Miteigentumsgemeinschaft.[2479]

Buch IX baut auf diesen Regeln auf. Die Ordnungsfrage bezieht sich hier allerdings auf das Schicksal eines Sicherungsrechts, das an einer Sache besteht, die ihrerseits einer Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung bzw Vermengung unterworfen ist. Der Vorbehaltsverkäufer erhält im Fall der Verarbeitung des Vorbehaltsguts durch den Käufer somit ein **dingliches Sicherungsrecht am Produkt**

2479 Zu den rechtspolitischen Weichenstellungen und verfolgten Grundkonzepten siehe Comment H zu VIII.–5:101, DCFR Full Edition 5051 f bzw bei *Lurger/W. Faber,* PEL Acq Own 1116 f sowie insbesondere die ausführliche Begründung samt Erörterung alternativer Lösungsansätze in Comment C zu VIII.–5:201, DCFR Full Edition 5067 ff bzw bei *Lurger/W. Faber,* PEL Acq Own 1132 ff. Überblick zu den Grundregeln von Buch VIII Kapitel 5 bei *W. Faber* in *Sagaert/Storme/Terryn,* Draft Common Frame of Reference 323 (339 ff).

(IX.–2:308(2)(a) DCFR), das Produkt selbst fällt ins Alleineigentum des Produzenten. Entsprechendes gilt, wenn es sich beim ursprünglich bestellten Sicherungsrecht um ein *security right* im technischen Sinne handelt (IX.–2:307(1)(a) DCFR).[2480] Der wesentliche sachliche – wie oben gesehen rechtspolitisch motivierte – Unterschied zu Buch VIII besteht darin, dass der ursprünglich aus dem Material gesicherte Gläubiger dieses dingliche Sicherungsrecht am Produkt nicht ex lege, sondern nur im Falle einer entsprechenden **Vereinbarung** erwirbt[2481] (anderes gilt nur im hier nicht näher erörterten Fall des *commingling*[2482]*).*

Die bisher besprochenen Verarbeitungsregeln für Sicherungsrechte (IX.–2:307 und IX.–2:308 DCFR) betreffen im Übrigen nur die Ebene der ***creation.***[2483] *Effectiveness* und *priority* sind gesondert geregelt und werden weiter unten aufgegriffen. Rechtstechnisch bestehen gewisse Unterschiede zwischen den beiden Ausgangsfällen, der ursprünglichen Belastung durch entweder ein *security right* im technischen Sinne oder einen *retention of ownership device.* Im ersten Fall wird das bereits bestehende Sicherungsrecht in die neue Sache »erstreckt« *(extended,* IX.–2:307(1) DCFR). Im zweiten Fall besteht zunächst kein beschränktes dingliches Recht, sondern ein vorbehaltenes Eigentumsrecht. Hier wird also das *security right* am Produkt gleichsam neu erworben *(»may acquire a security right…«,* IX.–2:308(2) DCFR). Praktische Unterschiede ergeben sich hierdurch nicht.

Auf einen wichtigen Aspekt in diesem Zusammenhang sei besonders hingewiesen. Er betrifft Fälle der Verarbeitung von Sicherungsgut **nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Sicherungsgebers (Verarbeiters)

2480 Näher hierzu die Comments zu IX.–2:307 bzw IX.–2:308, DCFR Full Edition 5461 ff bzw 5465 ff. Für den Fall, dass nicht der Vorbehaltskäufer bzw Erwerber der Sache selbst die Verarbeitung vornimmt, sondern ein Dritter, ergibt sich aus den Verarbeitungsregeln ein Wertersatzanspruch des Vorbehaltskäufers bzw Erwerbers gegenüber dem dritten Produzenten. Der ursprüngliche Sicherungsnehmer erhält in diesen Fällen (vorbehaltlich einer entsprechenden Vereinbarung, vgl sogleich im Text) ein dingliches Sicherungsrecht an diesem Wertersatzanspruch; siehe IX.–2:308(2)(b) bzw IX.–2:307(1)(b) DCFR. Die Regeln in Buch VIII sind auf die Verarbeitung (etc) von unter *retention of ownership devices* gelieferten Sachen zwecks Vermeidung von Überschneidungen übrigens nicht unmittelbar anwendbar (siehe VIII.–5:101(3) DCFR). Die entsprechende Bestimmung in Buch IX, nämlich IX.–2:308 DCFR, verweist jedoch weitgehend auf Buch VIII und trifft einige ergänzende Regelungen.

2481 Vgl den eindeutigen Wortlaut in IX.–2:308(2) bzw IX.–2:307(1) DCFR *(»by party agreement«).*

2482 Nach IX.–2:309 DCFR setzt sich das Sicherungsrecht an der später vermengten Einzelsache ohne weitere Voraussetzungen (dh insbesondere ohne Erfordernis einer diesbezüglichen Vereinbarung) am Miteigentumsanteil fort, der dem ursprünglichen (Allein-)Eigentümer der Einzelsache durch die Vermengung am Gemenge erwächst. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass trotz Veränderung der Form der Berechtigung (von Alleineigentum am Ausgangsobjekt zum Miteigentumsanteil am Gemenge gleichartiger Objekte) die Identität der belasteten Sachen durch die Vermengung im Prinzip nicht verändert werde; vgl Comment A zu IX.–2:309, DCFR Full Edition 5471. Zur *effectiveness* unten FN 2488.

2483 Die genannten Bestimmungen regeln daneben die *creation* von Sicherungsrechten im Falle der Verbindung *(combination),* siehe IX.–2:307(2) bzw IX.–2:308(3) DCFR; Fälle der Vermischung und Vermengung *(commingling)* regelt IX.–2:309 DCFR.

im Zuge einer Betriebsfortführung. Hier ist klar, dass die Wirksamkeit gegenüber dem Insolvenzverwalter bzw den Insolvenzgläubigern eine Registrierung der »Erstreckung« voraussetzt, da ansonsten das Sicherungsrecht am Produkt nicht *effective* im Sinne von Buch IX Kapitel 3 werden kann.[2484] Unabhängig davon fragt sich jedoch, ob der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 2 Abs 2 IO eintretende Verlust der »Verfügungsbefugnis« des Sicherungsgebers das Entstehen der »Ersatzsicherheit« am Surrogatsobjekt hindern könnte, sollte dem Sicherungsgeber dadurch neben seiner Befugnis zu »Rechtshandlungen« auch die sachenrechtliche Verfügungsmacht als solche entzogen werden.[2485] Eine derartige Vereitelung des Sicherungsinteresses wird nach hier vertretener Auffassung allerdings nicht eintreten: Im Fall eines ursprünglich bestehenden *security right* mag man hierfür auf einer eher formalen Ebene ins Treffen führen, dass ja gar kein neues dingliches Recht begründet wird, sondern ein bestehendes sich lediglich auf ein neues Objekt erstreckt. Im zweiten Fall, dass es sich beim ursprünglichen Sicherungsrecht um einen *retention of ownership device* handelt und damit eine *security right* am Produkt technisch neu begründet werden muss, greift dieser Aspekt allerdings nicht. Er überzeugt auch für sich schon deshalb nicht restlos, weil auch das Erstrecken in ein neues Objekt gewissermaßen als Teil-Neubegründung begriffen werden muss.[2486] Es wird auch nicht helfen, dass weder IX.–2:307 DCFR noch IX.–2:308 DCFR die sachenrechtliche Verfügungsbefugnis des Sicherungsgebers als Tatbestandsvoraussetzung nennen. Denn bei beiden Normen handelt es sich um Sonderfälle der *creation by granting.*[2487] Und für diese Form der Bestellung sieht IX.–2:105(b) DCFR ausdrücklich vor, dass dem Sicherungsgeber die Verfügungsbefugnis *(right or authority to grant a security right)* über das Sicherungsgut, in diesem Fall über das Produkt, zukommen muss. ME wird man das Ergebnis, dass bei entsprechender Vereinbarung und vorgenommener Registrierung der Sicherungsnehmer auch bei Verarbeitung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein dingliches Sicherungsrecht am Produkt erwirbt, allerdings mit dem oben erwähnten generellen Normzweck der Verarbeitungsregeln, eben eine insolvenzfeste Position zu verschaffen, begründen können. Der Masse entsteht hierdurch

---

2484 Zur *effectiveness* der »Erstreckung« in Verarbeitungsprodukte alsbald im Text (Abschnitt 2.).

2485 Zu diesem Problem bereits oben V.C.3.b. unter 2.

2486 Jegliche *creation* setzt ja voraus, dass der zu belastende Vermögenswert existiert (IX.–2:102(a) DCFR), ansonsten könnte er nicht belastet und aus ihm keine Befriedigung gesucht werden. Diese eine Voraussetzung erfüllt sich im Fall des Verarbeitungsprodukts eben erst im Zeitpunkt seiner Entstehung.

2487 Systematisch sind die beiden Bestimmungen in Section 3 von Kapitel 2 verortet, die sich der *creation* von Sicherungsrechten an bestimmten Typen von Vermögenswerten annimmt (hier konkret: an Verarbeitungsprodukten). Diese Regeln ergänzen lediglich die allgemeinen *creation*-Regeln, etwa jene über die *creation by granting.* Eine solche liegt hier auch vor, weil es der Sicherungsgeber (im Fall eines *acquisition finance device* der Erwerber) ist, der dem anderen die Sicherheit am Produkt einräumt.

kein Wertverlust, soweit das Sicherungsrecht am Produkt nur dem zuvor schon vorhandenen und zugunsten des Gläubigers belasteten Sachwert entspricht. Eine (vertraglich allenfalls angestrebte) Erweiterung des Sicherungsrechts über seinen vor Verarbeitung schon gegebenen Wert hinaus würde der angesprochene Normzweck hingegen nicht tragen. Es geht dem DCFR lediglich um das Bewahren des sachenrechtlich gesicherten Wertinteresses; nicht um dessen Ausdehnung zulasten der Masse. Für dasselbe Ergebnis könnte man wohl auch – wiederum auf eher formaler Ebene – darauf verweisen, dass die Verarbeitung im Zuge der Betriebsfortführung durch den Insolvenzverwalter (oder den Schuldner mit Eigenverwaltung) erfolgt und demgemäß die Begründung der Ersatzsicherheit von der nun diesem zukommenden Verfügungsbefugnis gedeckt sein müsste.

Im Ergebnis würde auf diese Weise dem eingangs erwähnten, von Buch IX in Bezug auf besitzlose Sicherungsrechte im Allgemeinen befolgten Normzweck auch im Falle des Insolvenzeintritts weiter Rechnung getragen, um eine Unternehmensfortführung und Sanierung nach Möglichkeit zu begünstigen: Dem Schuldner kann weiter gestattet werden, das vom Sicherungsrecht erfasste Material bestimmungsgemäß zu verwenden. Das ist freilich nur dann möglich, wenn dem Gläubiger weiterhin eine dingliche Sicherung verschafft werden kann. Ansonsten sähe sich der Gläubiger gezwungen, die Verarbeitungsbefugnis mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens enden zu lassen.

2. Die weiteren Rechtswirkungen lassen sich im Vergleich zu jenen der *creation* eher zügig abhandeln: Für die Frage der ***effectiveness*** *against third persons* gelten die allgemeinen Regeln des Kapitels 3: Das vereinbarte Sicherungsrecht am Produkt ist drittwirksam, wenn die Erstreckung **registriert** wurde.[2488] Konkret müssen die Produkte als neues Sicherungsgut von der im Registereintrag enthaltenen[2489] *minimum declaration as to the encumbered assets* gedeckt sein (IX.–3:310(2)(a) DCFR).[2490] Die Registrierung der Erstreckung kann – und wird sinnvollerweise –

2488 Abweichendes gilt wieder im Fall des *commingling* (vgl schon oben bei FN 2482 zur *creation):* War bereits das an der ursprünglichen Einzelsache bestehende Sicherungsrecht *effective,* gilt dies auch für das Sicherungsrecht am Miteigentumsanteil am Gemenge. Eine Registrierung der Erstreckung ist nicht erforderlich. Siehe IX.–3:101(2) und IX.–3:106 DCFR.

2489 IX.–3:308(d) iVm IX.–3:306(1)(b) DCFR.

2490 Vgl dazu die insgesamt eher knapp gehaltenen Ausführungen in Comments zu IX.–3:310, DCFR Full Edition 5511 und allgemein Comment C zu IX.–2:308, DCFR Full Edition 5469 f. Ob die *minimum declaration* explizit zum Ausdruck bringen muss, dass »Verarbeitungsprodukte« als vom ursprünglichen Sicherungsgut verschiedene Vermögensgegenstände miterfasst sind, oder ob es im Einzelfall auch genügen kann, einen für Ausgangs- und Endprodukt passenden einheitlichen Oberbegriff zu wählen, geht aus den Erläuterungen nicht ausdrücklich hervor. Im Grunde sollte der zweitgenannte Ansatz genügen, da es hauptsächlich darauf ankommen muss, dass der Eintrag inhaltlich richtig ist. Auch sonst ist es ja zulässig, dass die Beschreibung des Sicherungsrechts im Register nicht vollauf präzise und gegebenenfalls auch überschießend ist. Näher zu diesen Fragen im Allgemeinen oben V.C.2.a.(i.) unter 2.

in einem mit der Registrierung des ursprünglichen Sicherungsrechts am Material erfolgen.

3. Schließlich genießt bei wirksamer Erstreckung das nach IX.–2:307 oder IX.–2:308 DCFR zustehende Sicherungsrecht am Verarbeitungsprodukt **dieselbe Priorität** wie das ursprüngliche Sicherungsrecht am Material (IX.–4:103(1)(b) DCFR).[2491] Handelt es sich beim ursprünglichen Sicherungsrecht um einen registrierten *acquisition finance device,* genießt auch das Sicherungsrecht am Produkt Superpriorität im Sinne von IX.–4:102(1) DCFR, geht also anderen durch diesen Sicherungsgeber begründeten Sicherungsrechten vor.[2492]

Sofern, was praktisch häufig vorkommen wird, im Zuge der Verarbeitung eine Vielzahl an Materialien verschiedener Lieferanten verwendet wird, die allesamt mit einem *acquisition finance device* belastet sind, bestehen am Produkt im Fall der ordnungsgemäßen Erstreckung und Registrierung all dieser Rechte mehrere Sicherungsrechte verschiedener Gläubiger, denen allesamt Superpriorität zukommt. Deren Verhältnis untereinander wird nicht besonders geregelt und in den Erläuterungen soweit ersichtlich auch nicht angesprochen. Nach der Grundregel in IX.–4:101 DCFR in Verbindung mit der Kontinuitätsregel des IX.–4:103 DCFR liegt nahe, dass für die Rangordnung dieser Rechte untereinander auf das jeweilige Datum des Erzielens von *effectiveness* für die ursprünglichen Sicherungsrechte an den jeweiligen Materialien abzustellen ist. Das mag prima facie diskussionswürdig erscheinen, weil die unterschiedlichen Materialien mit den an diesen bestehenden Sicherungsrechten erst durch den Verarbeitungsprozess – und somit im Wesentlichen zeitgleich – zu einer neuen Einheit zusammengeführt werden. Dies könnte dafür sprechen, die an den einzelnen Materialien bestehenden Superprioritätsrechte nach der Verarbeitung ranggleich am Produkt fortbestehen zu lassen.[2493] Allerdings hat auch die nach Wortlaut und Systematik naheliegende erstgenannte Lösung eine gewisse Logik für sich: Später hinzutretende Materiallieferanten können die beim Produzenten im Register bereits aufscheinenden Sicherungsrechte an Materialien und deren allfällige Erstreckung auf Produkte abrufen und sind so gewarnt, dass ihnen zeitlich frühere Lieferanten anderer Materialien letztendlich vorgehen könnten. Umgekehrt wird Vertrauen eines

---

2491 Zusätzlich zur wirksamen Erstreckung *(extension)* des Sicherungsrechts in das Produkt werden in IX.–4:103(1)(b) DCFR keinerlei Voraussetzungen für das Fortwirken der Priorität aufgestellt. Es ist also zB nicht unbedingt erforderlich, dass eine Registrierung der Erstreckung erfolgt ist. Der Sicherungsnehmer riskiert hierdurch allerdings wie auch sonst, dass sein »nicht-effektives« Sicherungsrecht im Rang hinter »effektive« Sicherungsrechte zurücktritt (vgl IX.–4:101(3) DCFR). Für den Eintritt der sogleich im Text erwähnten Superpriorität fordert allerdings bereits IX.–4:102 DCFR das Vorliegen von *effectiveness.*

2492 Vgl Comment C zu IX.–2:308, DCFR Full Edition 5470.

2493 Um dieses Ergebnis zu erzielen, müsste allerdings eine ausdrückliche Regelung eingezogen werden.

Materiallieferanten, der sein Sicherungsrecht früh registriert hat, nicht dadurch enttäuscht, dass ihm spätere Lieferanten gleichrangig zur Seite treten. Die – mutmaßlich so intendierte – Lösung des DCFR erscheint damit jedenfalls mit guten Gründen vertretbar. Letztendlich wird dem hier diskutierten Problem wohl selten praktische Bedeutung zukommen, da im Regelfall der Wert des Endprodukts (auch bei Verwertung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens) die Summe der Materialwerte übersteigen wird und somit alle Materiallieferanten unabhängig von ihrer Rangposition mit voller Befriedigung werden rechnen dürfen.

b. Bewertung aus Perspektive des österreichischen Rechts

Einer Bewertung im Vergleich mit dem geltenden österreichischen Recht nähert man sich am besten mit Blick auf die Verarbeitung von Waren, die unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurden.[2494] Für diesen Fall lassen sich dem Gesetz nämlich am unmittelbarsten Aussagen für die Lösung der Problemlage entnehmen: Nach hA zu §§ 414 f ABGB erwerben der Vorbehaltsverkäufer als Materialeigentümer und Verarbeiter grundsätzlich Miteigentum am Produkt.[2495] Einer Vereinbarung bedarf es hierfür nicht.[2496] Insoweit ist natürlich zu beachten, dass nach dem DCFR das Aufrechterhalten einer dinglichen Sicherung dem ursprünglichen Sicherungsnehmer zunächst den Abschluss einer entsprechenden Erstreckungsvereinbarung und die Registrierung dieser Erstreckung auf Verarbeitungsprodukte abverlangt. Darauf dürfte sich die Praxis allerdings verhältnismäßig leicht einstellen können.[2497] Das dann erzielte Ergebnis – Alleineigentum des Verarbeiters und dingliche Sicherungsrechte der Materiallieferanten an den Erzeugnissen – ist aber gerade bei großen Produktionsunternehmen mit einer uU drei- bis vierstelligen Anzahl an Lieferanten im Insolvenzfall deutlich praktikabler als die Miteigentumslösung des ABGB.[2498] Sämtliche Probleme in Hinblick auf die Verwaltung und Auseinandersetzung des Miteigentums entfallen. Ein Verkauf des Produkts durch den Verarbeiter als Alleineigentümer kann unproblematisch und effizient erfolgen, zumal diesem gemäß IX.–5:204(1) DCFR eine (dispositive) gesetzliche Befugnis zur lastenfreien Veräußerung zusteht (für welchen Fall die Sicherungsnehmer

2494 Vgl hierzu bereits die Ausführungen bei *W. Faber,* JBl 2012, 424 (427), die im Folgenden teilweise übernommen werden.

2495 Vgl die Zusammenstellung oben III.D.3.c. und *Ch. Rabl* in FS Koziol 341 (349 ff) mit Kritik.

2496 Vgl etwa *Holzner* in *Rummel/Lukas,* ABGB⁴ § 414 Rz 3.

2497 Das allgemeine und praktisch häufige Problem der Einbeziehung einander widersprechender AGB durch die Parteien des Kaufvertrags *(battle of forms)* ist natürlich auch in diesem Zusammenhang zu beachten, wird sich aber im Problemfall eher schon dahin auswirken, dass allenfalls der Eigentumsvorbehalt *insgesamt* nicht wirksam vereinbart wird. Um ein spezifisches Problem von Erstreckungsvereinbarungen handelt es sich nicht.

2498 Vgl diesbezüglich die Zweifel an der Überzeugungskraft der ABGB-Lösung bei *Ch. Rabl* in FS Koziol 341 (342 f).

ihr Sicherungsrecht zusätzlich in die *proceeds* aus solchen Verkäufen erstrecken werden). Dagegen muss ein Erwerbsinteressent nach der Miteigentumslösung des ABGB grundsätzlich von jedem Miteigentümer dessen jeweiligen Anteil erwerben, was von einzelnen Miteigentümern zum Versuch genutzt werden könnte, unangemessen hohe Preisforderungen durchzusetzen. Allenfalls muss mit der Veräußerung zugewartet werden, bis das Miteigentum aufgelöst ist. Effizient ist all dies nicht. Das DCFR-Modell ermöglicht dagegen Verwaltung und Verfügung durch den neuen Alleineigentümer – den Verarbeiter – allein, dem Expertise im betreffenden Marktsegment zukommt und der im eigenen wie im Interesse seiner Kreditgeber typischerweise gute Preise erzielen wird. Damit bleiben letztlich nicht nur die Wertinteressen der beteiligten Sicherungsnehmer, sondern auch das Souveränitätsinteresse des Verarbeiters bzw Sicherungsgebers gewahrt.[2499]

Ähnliches gilt für die Verarbeitung von Waren, die mit einem beschränkten dinglichen Sicherungsrecht belastet sind. Diese Frage findet im geltenden österreichischen Recht wenig Beachtung. Denn im Fall der Pfandrechtseinräumung durch wirkliche Übergabe hat der Sicherungsgeber die Sache nicht mehr in Händen und kann sie folglich auch nicht verarbeiten. Erfolgt die Verpfändung – etwa eines Rohstofflagers – durch Zeichen, wird das Pfandrecht regelmäßig schon durch die Entfernung der Sache aus dem Lagerverband erlöschen. Soweit es dennoch zur Verarbeitung einer (weiterhin wirksam belasteten) Pfandsache kommt, bleibt das Pfandrecht nach wohl hA unberührt, soweit das Eigentum des Verpfänders aufrecht bleibt. Entsteht dementsprechend durch Verarbeitung Miteigentum an der Pfandsache, besteht das Pfandrecht am nunmehrigen Miteigentumsanteil fort.[2500] Auch dies ist eine »faire« Lösung, aufgrund des involvierten Miteigentumskonzepts können sich aber wiederum Ineffizienzen ergeben.

Insgesamt scheint sich also das DCFR-Modell in seinem hier zumindest in einem wesentlichen Ausschnitt diskutierten »sachenrechtlichen« Teil als Vorbild für Reformen durchaus anzubieten, jedenfalls gemessen an seinen Ergebnissen. Dass die Regelungen technisch kompliziert ausgefallen sind, sollte in einem mutmaßlich groß angelegten Reformvorhaben keine durchschlagenden Bedenken hervorrufen. Vereinfachungen werden möglich sein. Eines aber dürfte naheliegen, und zwar, dass sich bei Übernahme eines DCFR-orientierten Ansatzes im Kreditsicherungsrecht eine Anpassung auch der Eigentumserwerbsregeln für die Fälle der Verarbeitung, Verbindung, Vermischung und Vermengung aufdrängt. Die Regelungsbereiche hängen ja zusammen. Beispielsweise lassen sich ohne Erwerb des Alleineigentums durch den Verarbeiter die erörterten Effizienzgewinne nicht

2499 Vgl auch Comment C zu VIII.–5:201, DCFR Full Edition 5068 f, 5070 ff bzw Comments C19 und C23 ff zu VIII.–5:201 in *Lurger/W. Faber,* PEL Acq Own 1134 f, 1136 ff.

2500 Vgl *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III[5] § 467 Rz 2; ausführlich *Frotz,* Kreditsicherungsrecht 88 ff.

verwirklichen. Dass der Verfasser dieser Arbeit gegen eine Übernahme auch der in VIII.–5:101 ff DCFR vorgeschlagenen Regeln zum Schicksal des Eigentumsrechts in Fällen der Verarbeitung, Verbindung, Vermischung und Vermengung keine Bedenken hegt, wird – nachdem er als Mitautor an deren Ausarbeitung beteiligt war – nicht verwundern.

3. Erstreckung in proceeds, im Besonderen am Beispiel der Weiterveräußerung von Sicherungsgut

a. Das DCFR-Konzept zu proceeds im Allgemeinen

In sonstigen Fällen eines »Fortwirkens« des ursprünglichen Sicherungsguts in anderen Vermögenswerten bedient sich Buch IX des dem Common Law entlehnten Konzepts der ***proceeds.*** IX.–1:201(11) DCFR definiert *proceeds* als »jeden Wert, der aus der belasteten Sache resultiert«, und nennt folgende Beispiele: (a) den Wert, der beim Verkauf oder einer anderen Disposition über die belastete Sache realisiert wird, und zwar jeweils als Forderung über diesen Wert wie bereits eingezogene Erlöse; (b) Forderungen oder Zahlungen aus dem Titel des Schadenersatzes oder aus einem Versicherungsverhältnis in Bezug auf Schäden im weiteren Sinne; (c) Zivil- und Naturalfrüchte einschließlich Auseinandersetzungsguthaben; sowie (d) *proceeds* von *proceeds.*[2501]

Die Erstreckung eines Sicherungsrechts am ursprünglichen Sicherungsgut in *proceeds* aus demselben soll sich nach der eingangs dargelegten rechtspolitischen Grundentscheidung im Regelfall nicht automatisch ergeben. Von dieser Grundwertung werden allerdings einige (wenige) Ausnahmen gemacht, von denen hier nur eine interessiert, und zwar jene von **Ansprüchen aus Schadenersatz oder** einer **Versicherung** aufgrund eines Defekts, einer Beschädigung oder des Verlusts der ursprünglich belasteten Sache.[2502] In solche Ansprüche (bzw in die daraus zufließenden Erlöse) erstreckt sich das Sicherungsrecht ohne diesbezügliche Vereinbarung (Ebene der *creation,* IX.–2:306(1) DCFR), auch die *effectiveness* tritt – sofern das Sicherungsrecht am ursprünglich belasteten Vermögenswert *effective* war – ohne weitere Voraussetzungen automatisch ein (IX.–3:101(2) DCFR). Es handelt sich hier um »unfreiwillige« *proceeds,* die ganz oder teilweise an die Stelle des wertgeminderten ursprünglichen Sicherungsobjekts treten,[2503] erfasst werden aber

2501 Einige Beispiele werden genannt in den Comments zu IX.–1:201, DCFR Full Edition 5407.

2502 Nur bei diesen Fällen handelt es sich um »Surrogate« des ursprünglichen Sicherungsguts. Die andere Ausnahme betrifft Zivil- und Naturalfrüchte bei *possessory security rights.* Auch diese werden vom Sicherungsrecht erfasst, es sei denn, die Parteien hätten anderes vereinbart (IX.–2:306(2) DCFR).

2503 Vgl Comments zu IX.–1:201, DCFR Full Edition 5407.

auch Forderungen aus Ereignissen, für die der Sicherungsgeber oder seine Leute selbst verantwortlich sind. Der Wertverlust, den das Sicherungsrecht zulasten des Sicherungsnehmers ansonsten erleiden würde, wird ganz allgemein als hinreichende Rechtfertigung der automatischen Erstreckung angesehen.[2504] Diese Regelung geht weiter als das geltende österreichische Recht, das eine »Pfandrechtswandlung«, also die Auswechslung des Pfandobjekts unter Aufrechterhaltung des Pfandrechts, nur in gesetzlich besonders geregelten Fällen annimmt. Für Fälle der Beschädigung von Mobiliarpfändern bestehen derartige gesetzliche Sonderbestimmungen nicht.[2505] Anderes gilt im Ergebnis beim Eigentumsvorbehalt: Der Sicherungsnehmer (Vorbehaltsverkäufer) kann hier als Eigentümer selbst Ersatzansprüche gegen den Drittschädiger geltend machen, nach hA neben dem Vorbehaltskäufer als Anwartschaftsberechtigtem.[2506] Nach verbreiteter Auffassung steht dem Vorbehaltsverkäufer jener Differenzbetrag zu, um den die restliche noch offene Kaufpreisforderung im Wert der beschädigten Sache keine Deckung mehr findet, da der Verkäufer nur insofern in seinem Sicherungsinteresse beeinträchtigt ist.[2507] Diese Ungleichbehandlung von Pfand- und Eigentumssicherheit befriedigt in rechtspolitischer Hinsicht nicht. Eine Orientierung am DCFR würde eine wertungsmäßige Konsolidierung herbeiführen.

b. Der Lösungsansatz für Ansprüche und Erlöse aus Verkauf im Besonderen

1. Ansprüche und Erlöse aus einem Verkauf des Sicherungsguts, beispielsweise im Fall der Weiterveräußerung von Vorbehaltsware durch den Käufer unter Eigentumsvorbehalt, fallen hingegen unter die allgemeine Kategorie der »sonstigen *proceeds*«. Für diese ist eine privilegierte Behandlung nicht vorgesehen. Hier greift vielmehr die erwähnte Grundentscheidung durch: Auf Ebene der ***creation*** gilt wie im Verarbeitungsfall die Regel, dass sich das Sicherungsrecht in Kaufpreisansprüche und -erlöse nur dann erstreckt, wenn die Parteien die Erstreckung **vereinbart** haben (IX.–2:306(3) DCFR).[2508] Es wird hierfür ausreichen, dass ganz allgemein »Erstreckung in *proceeds*« vereinbart ist.

2504 Comment B zu IX.–2:306, DCFR Full Edition 5459.

2505 Vgl die einschlägigen Regelungen bei *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch,* Klang³ § 457 Rz 38 ff; *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek,* ABGB III⁵ § 457 Rz 14 ff; *Iro/Riss,* Sachenrecht⁷ 232 (Rz 12/2); *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON¹·⁰³ (2017) § 457 Rz 11.

2506 Siehe *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 257 f (Rz 3/23 f) mwN; gegen Aktivlegitimation auch des Käufers *Harrer,* Sicherungsrechte 104. Hinsichtlich der hier primär interessierenden Anspruchsberechtigung des Sicherungsnehmers besteht allerdings Einigkeit.

2507 Siehe wieder *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol,* Bankvertragsrecht IX² 258 (Rz 3/24) mwN.

2508 Siehe IX.–2:306(3) DCFR. In bestimmte andere Arten von *proceeds* erstreckt sich das Sicherungsrecht hingegen automatisch, insbesondere in Zahlungsansprüche aufgrund von Mängeln, Beschädigung oder Verlust der ursprünglich belasteten Sache (IX.–2:306(1) DCFR).

Auch hier stellt sich die bereits zur Verarbeitung diskutierte Frage, ob Forderungen aus einem Weiterverkauf, die **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Sicherungsgebers entstehen, sowie Zahlungen, die nach diesem Zeitpunkt eingehen, der Erstreckungswirkung unterliegen können. Denn die Verfügungsbefugnis über sein insolvenzverfangenes Vermögen, so könnte eingewendet werden, sei dem Sicherungsgeber ja nunmehr entzogen, und Kaufpreisforderungen und -erlöse fielen doch grundsätzlich in dieses Vermögen. Vergleichbar mit dem zur Verarbeitung Ausgeführten sollte einem solchen Einwand im Ergebnis jedoch keine Berechtigung zukommen. Vor allem[2509] der auch den *proceeds*-Regeln innewohnende Zweck, einen bereits vorhandenen Sicherungswert – entsprechende Vereinbarung und Registrierung vorausgesetzt – zu erhalten, spricht für dieses Ergebnis: Die Sicherheit wird durch den Verkauf der belasteten Sache nicht ausgedehnt und soll dies auch nicht werden, die Insolvenzmasse verliert also durch die Erstreckung nichts. Umgekehrt soll die Masse aber auch nicht auf Kosten des Sicherungsgebers davon profitieren, dass aufgrund einer vom Insolvenzverwalter selbst getroffenen Entscheidung zum Verkauf das ursprüngliche Sicherungsgut aus der Haftung ausscheidet[2510] und das Surrogat erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden ist. Sie soll auch nicht davon profitieren, dass ein Dritterwerber nach Verfahrenseröffnung den Kaufpreis bar entrichtet. Vor allem bei noch vor Verfahrenseröffnung abgeschlossenen Kaufverträgen ist der Zeitpunkt des Zahlungseingangs im Grunde bloßer Zufall. Dass die hier vertretene Wertentscheidung gerechtfertigt ist, indiziert zB die französische Regelung einer »Kaufpreisvindikation« im Fall des Weiterverkaufs, die gerade im Insolvenzrecht angeordnet ist.[2511] Das Ergebnis entspricht auch jenem des österreichischen Rechts zur Voraus-Sicherungszession im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts. Über die Wirkung des für Barzahlungsfälle anempfohlenen antizipierten Besitzkonstituts geht die DCFR-Lösung nach hier entwickeltem Verständnis hinaus, soweit man bei diesem mit der österreichischen hA einen Durchgangserwerb des Sicherungsgebers annimmt, aufgrund dessen der erhaltene Erlös nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in die Masse falle.[2512]

2509 Dass IX.–2:306 DCFR lediglich eine Erstreckung des bereits ursprünglich vorhandenen Sicherungsrechts vorsehe und nicht die *creation* eines neuen, weshalb es einer *creation* nicht mehr bedürfe (in diese Richtung, wenngleich nicht ganz eindeutig, *W. Faber,* JBl 2012, 424 [428 FN 156]), löst das Problem mE noch nicht, da für die Belastung des Ersatzobjekts die *creation*-Voraussetzung der Existenz des (hier: Ersatz-)Sicherungsobjekts jetzt erst erfüllt wird. Vgl oben V.F.2.a. unter 1. bei FN 2486.

2510 Zwecks Vereinfachung der Erörterung wird unterstellt, dass der Dritterwerber an der ursprünglich belasteten Sache unbelastetes Eigentum erwirbt.

2511 Siehe oben IV.C.4.c. bei FN 1376 und IV.C.6.b. aE.

2512 Vgl hierzu oben III.D.3.b.

2. ***Effectiveness*** erlangt die Erstreckung nach den allgemeinen Regeln. Praktisch ist die **Registrierung** der Erstreckung in *proceeds* durch den Vorbehaltsverkäufer erforderlich; diese müssen von der *minimum declaration as to the encumbered assets* gedeckt sein (IX.–3:310(2)(a) DCFR).[2513]

3. Die **Priorität** von Sicherungsrechten an *proceeds* hat in IX.–4:104 und IX.–4:105 DCFR eine relativ komplizierte Regelung erfahren, in der unter anderem die Art der *proceeds* eine erhebliche Rolle spielt. Beschränkt auf den hier primär interessierenden Fall der Erstreckung in Kaufpreisansprüche und -erlöse ergibt sich Folgendes: Ist die Erstreckung bereits von dem Registereintrag betreffend das Sicherungsrecht am ursprünglich belasteten Objekt gedeckt, behält das Sicherungsrecht seine Priorität bei (IX.–4:104(1)(c) DCFR). Für die *acquisition finance devices* grundsätzlich eingeräumte Superpriorität gilt allerdings noch einmal Besonderes, nämlich eine Ausnahme mit teilweisen Rückausnahmen.[2514] Im Ergebnis kommt der Erstreckung in Kaufpreisansprüche und -erlöse – ausnahmsweise – die Superpriorität des ursprünglichen *acquisition finance device* zu (IX.–4:105(2)(b) iVm IX.–4:102(1) DCFR), vorausgesetzt, die Erstreckung wird wie erwähnt zugleich mit dem Eintrag betreffend das ursprünglich belastete Objekt registriert.

Mittels einer solchen Superpriorität setzt sich der Vorbehaltsverkäufer (oder sonstige Berechtigte aus einem *acquisition finance device)* auch gegenüber einem Globalsicherungsnehmer durch, zB gegen die Hausbank des Vorbehaltskäufers, der dieser bereits zu einem früheren Zeitpunkt alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen gegen seine Abnehmer aus dem ordentlichen Geschäftsbetrieb als Sicherheit bestellt hat.[2515]

c. Bewertung aus Perspektive des österreichischen Rechts

Eine Bewertung aus dem Blickwinkel des österreichischen Rechts muss sich hier auf die Erstreckung auf Ansprüche und Erlöse aus einem Verkauf des Sicherungsguts beschränken. Insoweit fällt sie allerdings klar positiv aus.[2516] Denn nach geltendem Recht ist das Einräumen einer Ersatzsicherheit im Falle des Weiterverkaufs grundsätzlich möglich, den verfügbaren Methoden sind allerdings einige

2513 Vgl ferner Comment C zu IX.–2:306, DCFR Full Edition 5460.

2514 Siehe IX.–4:105(1) DCFR zur Ausnahme (keine Superpriorität für *proceeds* aus *acquisition finance devices)* und Absatz (2) dieser Bestimmung mit zwei Gegenausnahmen (für Schadenersatz- und Versicherungsforderungen einerseits und die im Text sogleich erwähnten *proceeds* aus einem Verkauf der belasteten Sache).

2515 Vgl bereits oben V.E.2.c. bei FN 2468, unter anderem mit Hinweis auf die funktional entsprechende »Vertragsbruchtheorie« des BGH. Zustimmend zur Lösung des DCFR *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 451 ff.

2516 Vgl in diesem Sinne bereits *W. Faber,* JBl 2012, 424 (428).

Risiken immanent. Insbesondere hängt die Wirksamkeit einer Vorausabtretung von Kaufpreisforderungen als Sicherungszession vom ordnungsgemäßen Setzen und Aufrechterhalten eines Buchvermerks (allenfalls einer Drittschuldnerverständigung) ab, was der Sicherungsnehmer in vielen Fällen nicht verlässlich kontrollieren kann. Ist ein antizipiertes Besitzkonstitut zur Übereignung einlangender Geldbeträge vereinbart, scheitert diese Weiterleitung im Insolvenzfall am angenommenen Durchgangserwerb des Sicherungsgebers.[2517]

Gegenüber dem österreichischen Modell der Sicherungszession hat der *proceeds*-Ansatz den Vorteil, Fehlerquellen insgesamt zu reduzieren. Das Aufrechterhalten einer dinglichen Sicherheit erfordert zwar vergleichbar mit dem österreichischen Recht eine Vereinbarung der Parteien, nach dem DCFR ist daneben auch auf die rechtzeitige und ordnungsgemäße Registrierung zu achten. Allerdings hat der Sicherungsnehmer die Durchführung des Registereintrags selbst in der Hand und muss das Risiko der Zuverlässigkeit des Sicherungsgebers besonders in Bezug auf Setzen und Aufrechterhalten des Buchvermerks nicht eingehen. Auf den *consent* des Sicherungsgebers ist er beim Registrierungsakt zwar angewiesen, jedoch typischerweise nur einmal für eine Vielzahl an Geschäften. Gegenüber dem antizipierten Besitzkonstitut zur Übereignung erhaltener Beträge hat die Lösung des DCFR nach hier vertretener Auffassung den Vorteil der Insolvenzfestigkeit für sich.

2517 Näher oben III.D.3.b.

VI. Fazit

Im Folgenden sind wesentliche Schlussfolgerungen aus der voranstehenden Untersuchung zusammenzufassen. Schwerpunkt ist die inhaltliche Bewertung der vom DCFR unterbreiteten Lösungsvorschläge in ihrer möglichen Funktion als Entwicklungsperspektive für das österreichische Mobiliarsicherungsrecht, also gemessen am Stand des geltenden Rechts, im Besonderen an dessen Defiziten (die sich ihrerseits zum Teil aus einem breiteren entwicklungsgeschichtlichen Kontext ergeben). Für Teilresümees zu den wesentlichen Entwicklungslinien der Vergangenheit und zu aktuellen Entwicklungen in den einbezogenen Vergleichsrechtsordnungen im Verhältnis zum österreichischen Rechtszustand darf auf die voranstehenden Kapitel verwiesen werden.[2518]

A. Inhaltliche Bewertung des DCFR-Modells im Spiegel der bisherigen Rechtsentwicklung

1. Vorbemerkung

Das Urteil, das im Zuge dieses Resümees über Buch IX DCFR als potentielle Entwicklungsperspektive für das österreichische Recht gesprochen wird, ist – gemessen an den von ihm erzielten Ergebnissen – ein recht positives: In etlichen Bereichen werden die vom DCFR erzielten Ergebnisse als deutliche Verbesserung gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand angesehen, zum Teil gleichsam in Fortsetzung von Entwicklungstendenzen, die sich im geltenden Recht bereits abzeichnen. In anderen Bereichen entsprechen die praktischen Ergebnisse bei teilweise unterschiedlichem konzeptionellem Fundament im Wesentlichen dem geltenden Recht, sodass jedenfalls keine relative Verschlechterung eintreten würde; das Ergebnis wird in solchen Fällen oft auch als angemessen gewertet werden können. In letztlich eher geringem Umfang wird Bedarf nach Begleitmaßnahmen, inhaltlichen Modifikationen oder einfach nur weiterer Präzisierung in Einzelheiten gesehen.

2518 Siehe oben II.A.7. zu den Entwicklungen im römischen und gemeinen Recht, II.B.7. zu den Weichenstellungen in der Kodifikationszeit sowie IV.F. mit einem Zwischenstand zu Entwicklungen in Deutschland, den Niederlanden, Frankreich, Belgien und England in Relation zum österreichischen Recht. Die Anknüpfung am gegenwärtig erreichten Zustand des österreichischen (und vielfach auch des deutschen) Rechts wird im nachfolgenden Fazit zur Bewertung des DCFR-Modells wieder aufgenommen und fortgesetzt.

Vorauszuschicken ist allerdings, dass sich die vorliegende Untersuchung in allen ihren Teilen – dh also insbesondere in der Problemanalyse zum geltenden österreichischen Recht als auch in der Überprüfung der DCFR-Ansätze zu diesen Problembereichen – nur mit Ausschnitten des Mobiliarsicherungsrechts befasst, wenngleich es sich bei diesen Ausschnitten sicher um zentrale Bereiche handelt: Vor allem gilt die Untersuchung grundsätzlich nur Sicherungsrechten an **Fahrnisgegenständen und Forderungen**, klammert also zB Finanzsicherheiten und Sicherungsrechte an Wertpapieren im Allgemeinen, an Gesellschaftsanteilen sowie an Immaterialgüterrechten von vornherein aus. Zu diesen beiseitestehenden Bereichen will die Arbeit vor allem in Hinblick auf Reformperspektiven keinerlei Aussage treffen. Es ist auch nicht auszuschließen, dass sich aus Untersuchungen solcher ausgeklammerter Teilgebiete Bedarf nach einer Neubewertung einzelner hier erzielter Ergebnisse ergeben könnte.

2. Funktionaler Ansatz einschließlich Sicherheiten für Anschaffungsfinanzierungen

Ein Bereich, in dem der DCFR nach Einschätzung des Verfassers gerade aus der Perspektive des österreichischen Rechts punkten kann, ist sein grundsätzlich »funktionaler« Ansatz, dinglichen Sicherheiten generell nur die Wirkung eines beschränkten dinglichen Rechts auf vorzugsweise Befriedigung einzuräumen – auch wenn er diesen Ansatz in Bezug auf *retention of ownership devices* selbst nicht zur Gänze durchhält. Dogmengeschichtlich begegnet diese Frage im deutschen und im Anschluss hieran im österreichischen Recht namentlich in zwei Bereichen: bei der Sicherungsübereignung und beim Eigentumsvorbehalt. Wesentlicher Bezugspunkt in der Problemstellung ist aus österreichischer Perspektive jeweils die Frage nach einer Parallel- oder Verschiedenbehandlung in Bezug auf Publizitätsanforderungen.

In Bezug auf die **Sicherungsübereignung** hat die ausführliche Analyse des Diskurses in entscheidenden Phasen – für Deutschland in etwa während der Vorarbeiten zum BGB, in Österreich im frühen 20. Jahrhundert – mE deutlich ergeben, dass ein Verzicht auf jegliche Publizität bei gleichzeitigem Festhalten am Übergabeerfordernis (oder einem Anbringen von Zeichen) beim Pfand nicht plausibel begründet werden kann. Das österreichische Recht hat hieraus schließlich Konsequenzen gezogen und beide Rechtsformen demselben Publizitätsregime unterstellt. Diese auf funktionaler Äquivalenz beruhende Gleichbehandlungstendenz ist zum Teil schon früh auch in Bezug auf andere Rechtswirkungen des Sicherungseigentums (weiter) verfolgt worden; insbesondere durch den Gesetzgeber im Insolvenzrecht, von Lehre und Rechtsprechung recht einhellig bei der Auslegung von Vertragsbedingungen in Bezug auf Akzessorietätswirkungen sowie zumindest von Teilen der Lehre auch für die Wirkung in der Einzelzwangsvoll-

streckung.[2519] Für die Sicherungszession gilt im Wesentlichen Entsprechendes: Sie unterliegen nach geltendem österreichischem Recht insbesondere demselben Publizitätsregime wie das (praktisch wenig bedeutende) Forderungspfand.[2520] Insoweit stellt es nichts anderes als ein konsequentes Fortschreiten auf einem bereits eingeschlagenen Weg dar, wenn das österreichische Recht dem DCFR folgt und dingliche Sicherungsrechte grundsätzlich einem einheitlichen Regime unterstellt. Die einzelnen Implikationen dieses Ansatzes sind in Kapitel V ausführlich untersucht worden. Sie haben sich dabei auch als – nach Überzeugung des Verfassers – nicht nur konsequente, sondern vor allem auch sachlich angemessene Lösungen erwiesen. Dazu erleichtert dieser Ansatz die Anerkennung von mitsamt dem Sicherungsobjekt »importierten«, der heimischen Rechtsordnung fremden Sicherungsrechten sowie die Integration neuer Transaktions- bzw Sicherungsformen am heimischen Markt.[2521]

In Hinblick auf den **Eigentumsvorbehalt** hat die Analyse namentlich des deutschen Rechts in der Kodifikationszeit und des Diskussionsstands in Österreich ebenfalls ergeben, dass eine dogmatisch tragfähige Begründung für die aus praktischen Gründen allseits akzeptierte publizitätslose Anerkennung dieses Sicherungsmittels in Wahrheit nicht in Sicht ist. Ursprünglich hat man die Frage wohl nicht gesehen (in Österreich) oder ist ihr ausgewichen (in den Vorarbeiten zum BGB), später waren die Weichen faktisch gestellt; ein Unbehagen angesichts des nicht heilen wollenden dogmatischen Bruchs reißt indes nicht ab.[2522] Knüpft man hier an, kann man die Entscheidung des DCFR, Sicherheiten für Anschaffungsfinanzierungen (wie den Eigentumsvorbehalt) zumindest grundsätzlich ebenfalls Publizitätsanforderungen zu unterstellen, als konsequente Sanierung eines lange offenen Problembereichs begreifen. Freilich geht diesbezüglich auch der DCFR Kompromisse ein, insbesondere indem für *acquisition finance devices,* die von Verbrauchern bestellt werden, auf eine Registrierung verzichtet wird. Diese Ausnahme folgt allerdings aus Praktikabilitätsgesichtspunkten und versucht erst gar nicht, letztlich schwer haltbare Differenzierungen anhand von Rechtsformaspekten zu konstruieren. Die vom DCFR angedachte Entwicklung lässt sich damit im Übrigen auch folgendermaßen charakterisieren: Die »Schmerzgrenze«, die unter Praktikabilitätsgesichtspunkten dem Bestehen auf Publizitätsanforderungen bisher zur Gänze entgegenstand, verschiebt sich bei Verfügbarkeit eines modernen Registersystems und der Möglichkeit eines einmaligen Registereintrags für eine

2519 Zur Diskussion in Deutschland II.B.4. (Kodifikationszeit) und IV.A.2.a. (danach), zur österreichischen Rechtsentwicklung III.B.1. und III.B.2.

2520 Dargestellt unter III.C.1.

2521 Siehe im Besonderen die einzelnen Abschnitte unter V.B.2. Für Einzelheiten sei auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

2522 Für Näheres siehe II.B.6. (zur historischen Entwicklung in Deutschland und Österreich) sowie III.D.1. für eine kritische Würdigung des Diskussionsstands in Österreich.

Vielzahl von Lieferungen ganz erheblich. Der DCFR greift diese Verschiebung auf und steckt die Grenzen entsprechend neu ab. Details dieser Grenzziehung kann man diskutieren, im Groben erscheint sie gut nachvollziehbar.[2523] Im Grundsatz wird sich der Verkehr, folgt man dem DCFR, auf ein Registrierungserfordernis für Anschaffungsfinanzierungssicherheiten einstellen müssen.[2524] Unter den geschaffenen Rahmenbedingungen (Möglichkeit der Einmalregistrierung, Gnadenfrist von 35 Tagen, Ausnahme für Verbrauchersicherheiten) ergibt sich hieraus nach Einschätzung des Verfassers allerdings keine unzumutbare Belastung.[2525]

Der Ansatz des DCFR überzeugt auch insoweit, als die partiellen Sonderregeln zur Registrierung und jene zum Vorrang gegenüber sonstigen, vom Sicherungsgeber bestellten Sicherheiten an derselben Sache (Superpriorität) auf sämtliche Sicherungsrechte angewendet werden, die funktional der Sicherung einer Anschaffungsfinanzierung dienen *(acquisition finance devices).* Auch hier entscheidet die Funktion, nicht die rechtliche Form. In Summe schafft dies faire Wettbewerbsbedingungen; so können beispielsweise auch reine Geldkreditgeber ohne sicherungsrechtliche Benachteiligungen am Markt für Anschaffungsfinanzierungen teilnehmen. Die erwähnte Superpriorität erscheint zwar als technisches Konstrukt zunächst ungewohnt, transformiert allerdings zum Teil nur Inhalte, die zum Eigentumsvorbehalt schon lange gelten, in ein neues, für alle Arten von *acquisition finance devices* taugliches Gewand, und ermöglicht in einem anderen Bereich – zum Vorrang des verlängerten Eigentumsvorbehalts gegenüber einer konkurrierenden Sicherungsglobalzession – eine mE sachgerechte Fortentwicklung in Einklang mit internationalen Tendenzen.[2526]

Hinsichtlich jener (engen) Bereiche, in denen sich im Bereich der Anschaffungsfinanzierung tatsächlich rechtsformabhängige Unterschiede zwischen *retention of ownership devices* und zurückbehaltenen bloßen Sicherungsrechten ergeben, praktisch also im Bereich der Geltendmachung bzw Verwertung, besteht die zentrale Entscheidung des DCFR darin, beide Formen zu akzeptieren und die Wahl den Parteien zu überlassen. Das hat zum einen zur Konsequenz, dass an Gewohntem (dem Eigentumsvorbehalt in seiner klassischen Form) festhalten kann, wer dies bevorzugt. Die – gemessen am österreichischen Recht – neu eröffnete Alternative, ein bloßes Sicherungsrecht zu begründen und im Zuge der Durchsetzung desselben die Kaufpreisforderung aufrecht erhalten zu können, greift allerdings ebenfalls Bestrebungen auf, die sich in der bisherigen Praxis

2523 Als Grundlage für diese Synthese vgl V.B.3. und V.E.2.b.

2524 Dieses betrifft genau genommen nur die Wirkung gegenüber bestimmten Dritten im Rahmen des Konzepts der *effectiveness* (vgl V.E.2.b.), ist allerdings zugleich auch Anknüpfungspunkt für die Superpriorität solcher Sicherungsrechte (IX.–4:102(1) DCFR), sodass der Druck zur Durchführung des Registereintrags insgesamt als stark einzuschätzen ist.

2525 Vgl abermals V.E.2.b.

2526 Näher zum Ganzen V.E.2.

zum österreichischen Recht bereits deutlich abgezeichnet haben. Insoweit stellt der duale Ansatz des DCFR eine aus österreichischer Sicht letztlich recht glückliche Konzeption dar.[2527]

3. Umfang der Sicherung

Der internationalen, auch in den untersuchten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen offenkundigen Entwicklung entsprechend steht Buch IX DCFR globalen Belastungen des Schuldnervermögens überaus aufgeschlossen gegenüber. Indem mit der Registrierung ein einheitliches Publizitätsmedium vorliegt, entfallen die in manchen Rechtsordnungen bestehenden Schwierigkeiten im Bereich der Begründung. Theoretisch kann das gesamte Mobiliarvermögen mit einem einzigen Sicherungsrecht zugunsten eines einzigen Gläubigers auf einmal belastet werden (**Mobiliar-Generalhypothek**).[2528] In Österreich löst dieser Begriff üblicherweise reflexartige Ablehnungsreaktionen aus. Dabei ist die Generalhypothek dort längst Wirklichkeit, wo das geltende Publizitätssystem sie zulässt, nämlich bei der absolut üblichen Sicherungsglobalzession.[2529] Die historischen Gründe, die Europas Gesetzgeber zu einer radikalen Abkehr von der römisch-gemeinrechtlichen Generalhypothek bewogen haben, wie praktische Schwierigkeiten bei der Prioritätsermittlung und Betrugsversuche durch rückdatierte Urkunden sowie Risiken für nachfolgende Erwerber dinglicher Rechte an pfandverfangenen Vermögenswerten (Gutglaubenserwerbsregeln gab es zunächst nicht), tragen unter einem modernen Registersystem wie jenem des DCFR (oder anderen europäischen Modellen) nicht mehr.[2530] Auch das sachenrechtliche Spezialitätsprinzip steht einer umfassenden Belastung des Schuldnervermögens, wie die nähere Analyse gezeigt hat, nicht grundsätzlich entgegen. Die nähere Analyse ergibt, wohl kaum überraschend, dass es heute die Interessen ungesicherter Gläubiger sind, die zur Sorge mahnen: Das Phänomen des masselosen Konkurses, in dem diese Gläubigergruppe gänzlich leer auszugehen droht, ist schon unter dem geltenden Recht erheblich verbreitet und droht sich im Fall der weiteren Erleichterung lückenloser Lastenbegründung naturgemäß weiter auszudehnen. Es handelt sich dabei also wohlgemerkt um kein Register- oder gar DCFR-spezifisches Problem, wohl aber um eines, dem man sich im Zuge von Reformüberlegungen wird stellen müssen. Dabei geht es einerseits um die rechtspolitische Grundsatzfrage, ob (und

2527 Zu diesen Aspekten III.D.2. (zu den angesprochenen Tendenzen im geltenden Recht), V.B.3.b. (zum DCFR) und V.E.1. (zu weiteren möglichen praktischen Vorteilen des vorbehaltenen Befriedigungsrechts nach dem DCFR).

2528 Näher zum diesbezüglichen rechtlichen Rahmen nach dem DCFR unter V.C.2.

2529 Vgl die Analyse oben III.C.2.a.

2530 Zusammenfassend zur historischen Entwicklung IV.F.1.a. unter 3. mit Hinweisen auf weitere Teile der Untersuchung.

allenfalls in welchem Ausmaß) man die Position gesicherter Gläubiger zugunsten ungesicherter Gläubiger tatsächlich beschneiden möchte. Mündet dies in ein entsprechendes Bekenntnis zum Schutz der ungesicherten Insolvenzgläubiger, stellt sich die Frage, wie dieser zu gewährleisten ist. In Betracht kommt mE insbesondere eine *carve-out*-Regelung, die einen näher zu bestimmenden Anteil am Wert des dinglich belasteten Schuldnervermögens den ungesicherten Gläubigern zuweist. Nur einzelne Typen dinglicher Sicherungen oder wie bisher das faktisch nicht verpfändbare (weil im Unternehmen benötigte) Fahrnisvermögen beitragen zu lassen, überzeugt mE nicht.[2531] Unter der Voraussetzung, dass dieser Diskurs geführt wird, bestehen allerdings gegen eine Orientierung am DCFR-Modell auch insoweit keine durchschlagenden Bedenken.

Bedenken bestehen aus Sicht des Verfassers allerdings gegen die Möglichkeit eines quasi unbegrenzten »**Nachschiebens**« **später entstehender Forderungen** unter eine vorab vereinbarte Sicherung gegenwärtiger und künftiger Forderungen bei erfolgter Rangwahrung durch *advance filing.* Auch dies ist nicht unbedingt ein DCFR- oder *notice-filing*-spezifisches Problem, kann sich aber bei Erleichterung globaler Belastungen verstärkt auswirken. Hintergrund der vorgetragenen Bedenken ist unter anderem, dass das Konzept eines einheitlichen beschränkten dinglichen Befriedigungsrechts nach Buch IX DCFR unter anderem als Instrument zur Bewältigung des in Deutschland massiv und in Österreich beginnend diskutierten Übersicherungsproblems dient: Erfasst die Sicherheit Vermögen in deutlich größerem Umfang als zur Abdeckung der gesicherten Forderungen erforderlich, kann der Sicherungsgeber den »freien« Umfang des belasteten Vermögens immer noch zur nachrangigen Sicherung anderer Kreditgeber nutzen. Deren Sicherheit wird aber massiv gefährdet, wenn es dem vorrangigen Gläubiger freisteht, das Volumen gesicherter Forderungen nachträglich praktisch unbegrenzt auszudehnen. Der Autor regt insoweit eine Ergänzung des DCFR-Regimes an und erstattet erste Vorschläge.[2532]

4. Publizitätsregime und Register

Das österreichische Recht hat in Abkehr von der römisch-gemeinrechtlichen Mobiliarhypothek primär das Faustpfandprinzip verwirklicht. Entwicklungsgeschichtlich hat dieses zunächst in erster Linie dem Schutz des gesicherten Gläubigers selbst, später dem Schutz späterer Eigentums- oder Pfandrechtserwerber gedient. Erst relativ spät, nachdem Erwerbern dinglicher Rechte auch Gutglaubenserwerbs-

2531 Zu diesem Fragenkreis siehe V.C.2.b.

2532 Siehe V.C.4.c. mit dem Vorschlag eines »Prioritätshöchstbetrags« als Grenze eines »Nachschiebens« später entstandener Forderungen. Zur Funktion des *security right* als Übersicherungsschutz V.B.2.f.

regeln zur Verfügung standen, ist der Schutz künftiger ungesicherter Gläubiger hinzugetreten. Diese allgemeine Entwicklung scheint auch dem österreichischen Recht zugrunde zu liegen. Sie lässt sich neben der eigentlichen Faustpfandregel auch bei der Verpfändung durch Zeichen iSd § 452 ABGB nachvollziehen. Ebenfalls nachvollziehen lässt sich, dass sich vor allem beim Fahrnispfand die Anforderungen an die Publizität nach diesen beiden Regeln, besonders aber bei der Verpfändung durch Zeichen, tendenziell immer weiter verschärft haben. Publizität gilt heute als *der* Grundpfeiler des österreichischen Mobiliarsicherungsrechts.

Anders als alle anderen untersuchten Rechtsordnungen hat das österreichische Recht dem wirtschaftlichen Bedürfnis des Sicherungsgebers, zur Kreditsicherung herangezogene Gegenstände weiterhin operativ zu nutzen, nur minimal nachgegeben. Die Verpfändung durch Zeichen hätte in gewissem Maße Abhilfe verschaffen können. Durch die strenge Auslegung dieser Bestimmung kann sie diese Funktion allerdings weitgehend nicht erfüllen. Will man an diesem wirtschaftlich einhellig als unbefriedigend empfundenen Ergebnis etwas ändern und gleichzeitig weiterhin auf Publizität setzen, wofür für Österreich auszugehen ist, bedarf es eines alternativen Publizitätsträgers. Dafür kommt nach breiter Überzeugung ein Register in Betracht.

Das Modell des DCFR würde den vorstehend aufgespannten Entwicklungstendenzen Rechnung tragen. Es führt zum einen ein Registersystem ein. Dieses ist wie alle modernen Registersysteme in den weiteren untersuchten Rechtsordnungen nach einem Personalfoliensystem organisiert. Zum anderen sieht es hinsichtlich der Rechtswirkungen eines Sicherungsrechts drei verschiedene sachenrechtliche Grundkonzepte mit jeweils separat geregelten Tatbestandsvoraussetzungen vor *(creation, effectiveness, priority)* und differenziert dabei gerade in Bezug auf die Ausgestaltung des Publizitätsmechanismus anhand der oben als Schutzadressaten identifizierten unterschiedlichen Kategorien von Dritten: Gegenüber einem nachfolgenden Eigentumserwerber oder Erwerber eines weiteren Sicherungsrechts wirkt die Sicherheit allein aufgrund ihrer *creation,* die für sich keiner Publizität bedarf. Eine erfolgte **Registrierung oder Besitzübertragung** an den Gläubiger spielt allerdings auch gegenüber diesen Kategorien von Dritten eine große Rolle, da diese grundsätzlich über Gutglaubenserwerbsregeln geschützt werden, der gute Glaube jedoch infolge Registrierung oder Besitzübertragung entfällt. In einigen Fällen, speziell beim Eigentumserwerb im ordentlichen Geschäftsbetrieb, wird der Erwerber allerdings von einer Obliegenheit zur Registerrecherche entbunden und ein gutgläubiger Erwerb trotz Registereintrags ermöglicht; mit Recht, da gerade nach dem DCFR in solchen Fällen auf eine Befugnis zur lastenfreien Verfügung vertraut werden darf und unrealistisch anmutende Recherchezwänge vermieden werden. Gegenüber ungesicherten Gläubigern (genauer ab Exekutionsführung oder Insolvenzeintritt) wird die Wirksamkeit des Sicherungsrechts hingegen jedenfalls an die Herstellung von Publizität gebunden, wofür wieder

Registrierung und Besitzübertragung in Betracht kommen *(effectiveness).*[2533] Damit soll nicht gesagt sein, dass der DCFR mit diesem konstruktiven Unterbau anderen Alternativen unbedingt überlegen wäre. Die eigentlichen publizitätsbezogenen Vorteile gegenüber bisher in Österreich diskutierten Alternativen liegen mE anderswo, nämlich im eher reduzierten Informationswert eines dafür allgemein zugänglichen Registereintrags (dazu sogleich). Wesentlich erscheint mir aber, festzuhalten, dass sich die unter Rückgriff auf die Konzepte der *creation, effectiveness* und *priority* erzielten Ergebnisse auch in diesem – zunächst recht komplex anmutenden – Bereich als angemessen erweisen, sodass sich auf inhaltlicher Ebene keine nennenswerten Einwände ergeben.[2534] Klargestellt sei ferner, dass sich das Zusammenwirken der Konzepte der *creation, effectiveness* und *priority* in Hinblick auf das Herbeiführen von Drittwirksamkeit auch einfacher ausgestalten lässt als dies im DCFR der Fall ist: Möglich – und mit Blick auf eine möglicherweise favorisierte Reduktion an Komplexität eventuell vorzugswürdig – wäre der alternative Ansatz, die Wirksamkeit des Sicherungsrechts gegenüber nachfolgenden Erwerbern des Eigentumsrechts oder weiterer Sicherungsrechte an derselben Sache sowie gegenüber ungesicherten Drittgläubigern einheitlich mit Erreichen der *effectiveness* eintreten zu lassen; also mit Registrierung oder Sachübergabe.[2535] Mit den restlichen DCFR-Regeln ließe sich diese Modifikation ohne weiteres kombinieren.

Was die Funktion des Registers selbst betrifft, verfolgt der DCFR ein ***notice-filing***-System. Der Registrierung eines Sicherungsrechts kommt damit keine konstitutive Bedeutung zu (es entsteht grundsätzlich, wie gesehen, durch *creation);* sie erfüllt im Wesentlichen die Funktion, Dritte vor dem möglichen Bestehen eines Sicherungsrechts zu warnen. Gleichwohl setzt das DCFR-System eine Vielzahl an Maßnahmen, die insgesamt darauf hinwirken, dass das Register dem materiellen Rechtszustand sehr weitgehend entsprechen wird. Insbesondere kann ein Registereintrag immer nur mit Zustimmung des Sicherungsgebers vorgenommen werden.[2536]

Das Absehen von einer konstitutiven Wirkung der Eintragung ermöglicht es allerdings, den Informationsgrad des Registereintrags eher gering zu halten; insbesondere in Bezug auf Angaben zum Sicherungsgut (das im Register nicht genau identifiziert werden muss) und noch mehr in Bezug auf Angaben zur gesicherten Forderung (diese können nach dem DCFR im Register zur Gänze entfallen). Buch IX kommt damit den in Österreich im Zuge der Diskussion eines Re-

2533 Näher zur hier sehr reduziert wiedergegebenen Funktionsweise der Konzepte von *creation* und *effectiveness* im Publizitätskontext unter V.D.1.
2534 Siehe oben V.D.1.a. und V.D.1.b.
2535 Siehe oben V.D.1.c. So auch das von UNCITRAL vorgeschlagene Regelungsregime.
2536 Hierzu mit weiteren Einzelheiten oben V.D.2.b.

formvorschlags aus 2007 massiv geäußerten Bedenken gegenüber der Schaffung eines »**gläsernen Schuldners**« recht weitgehend entgegen,[2537] mehr noch als etwa das Registersystem des neuen belgischen Rechts. Der Grundgedanke besteht darin, dass eine eher allgemein gehaltene Information vor allem über das erfasste Sicherungsgut jedermann über das Register frei zugänglich sein soll, nähere Informationen über die belasteten Vermögenswerte, über das tatsächliche Bestehen des Sicherungsrechts und letztlich auch über das Ausmaß der gesicherten Forderung(en) hingegen nur derjenige erhält, dem der Sicherungsgeber diese Informationen zukommen lassen will (**zweistufiges Informationssystem**). Als Instrument der zweiten Stufe dienen Auskunftspflichten des gesicherten Gläubigers, die jedoch von der Zustimmung des Sicherungsgebers abhängen. Damit werden potentiell schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Sicherungsgebers trotz Registerpublizität relativ weitgehend berücksichtigt. Zugleich schafft dieses System aber sogar ein Mehr an Publizität als das gegenwärtige österreichische Recht zur Sicherungszession: Vom Buchvermerk nach geltendem Recht und damit vom Bestehen einer Belastung überhaupt kann ja von vornherein nur Kenntnis nehmen, wem der Sicherungsgeber Zugang zu seiner Buchhaltung einräumt. Potentielle ungesicherte Gläubiger werden diese Gelegenheit in den meisten Fällen nicht erhalten. Der DCFR gewährt hingegen jedermann ein Mindestmaß an Information durch das Register. Ähnliches kann im Vergleich zur Verpfändung durch Zeichen nach geltendem Recht gelten; auch diese werden mangels Zutritts zum Betrieb vielen potentiellen Gläubigern rein faktisch gar nicht erkennbar sein.[2538]

Das Publizitätssystem nach dem DCFR-Modell ist in mancher Hinsicht auch **verlässlicher** als Buchvermerk und Zeichenanbringung nach geltendem Recht: Der Sicherungsgeber kann den Registereintrag nicht nachträglich manipulieren. Dieses Mehr an Rechtssicherheit kommt dem gesicherten Gläubiger zugute. Daneben fungiert als Auskunftsquelle der zweiten Stufe der gesicherte Gläubiger. Dieser ist typischerweise in geringerem Ausmaß moralischen Risiken ausgesetzt als ein Sicherungsgeber in wirtschaftlichen Schwierigkeiten (auf den bzw auf das von diesem betriebene System sich der interessierte Dritte zB beim Buchvermerk österreichischer Prägung verlassen muss). Es kann daher auch aus Sicht nachfragender Dritter mit einem tendenziellen Mehr an Rechtssicherheit gerechnet werden, auch wenn sich dieser Gewinn nicht leicht quantifizieren lässt. Handelt es sich beim nachfragenden Dritten um einen Erwerber dinglicher Rechte, werden unrichtig, verspätet oder gar nicht erteilte Informationen über die Belastung

2537 Siehe die näheren Ausführungen samt vergleichendem Blick auf andere europäische Registersysteme unter V.D.2.c.
2538 Vgl abermals oben V.D.2.c.

bestimmter Vermögenswerte darüber hinaus sachenrechtlich sanktioniert und dem nachfragenden Dritten ein wirksamer Rechtserwerb eröffnet.[2539]

Schließlich sind einige Punkte festzuhalten, in denen das im DCFR präsentierte Modell noch **Präzisierungsbedarf** hat oder Ergänzungen sinnvoll erscheinen. Aufgegriffen werden sollte jedenfalls die etwa in England und Frankreich bereits bestehende Möglichkeit, bei der Identifizierung des Sicherungsgebers im Register eine Verknüpfung mit dem Firmenbuch bzw dem jeweiligen nationalen Handelsregister nutzen zu können.[2540] Näher auszugestalten wäre zum Beispiel noch der Identifizierungsprozess im Rahmen der erstmaligen Anmeldung zum Register, den sowohl der Sicherungsgeber als auch der Sicherungsnehmer als Voraussetzung für sämtliche Erklärungen gegenüber dem Register durchlaufen müssen.[2541] Das inkludiert insbesondere die Frage, wie diesbezüglich mit ausländischen bzw im Falle einer unionsweiten Verwirklichung mit in Drittstaaten ansässigen Parteien zu verfahren ist. Weitere Vorarbeiten wären ferner wohl im Bereich der technischen Umsetzung des *consent*-Konzepts erforderlich, das die Einwilligung des Sicherungsgebers zu jedem Registereintrag seitens des Gläubigers sicherstellen soll, dabei aber auch Voraus-Zustimmungen verschiedener Breite andenkt.[2542] Besonders bedeutsam für den praktischen Wert des Registersystems scheint mir schließlich die nähere Ausgestaltung der Liste von Güterkategorien, aus der der Gläubiger bei Vornahme eines Registereintrags eine Auswahl zu treffen hat, um dem abfragenden Drittinteressenten eine rasche Orientierung zu ermöglichen.[2543]

5. Bestandsfestigkeit der Sicherheit

Sehr unterschiedliche Ergebnisse zeitigen die untersuchten europäischen Rechtsordnungen in Hinblick auf die Bestandsfestigkeit dinglicher Sicherheiten im Fall von Veränderungen bezüglich des Sicherungsguts (Verarbeitung, Verkauf, Zerstörung etc). Das geltende österreichische Recht erweist sich diesbezüglich – aus Gläubigerperspektive – in etlichen Bereichen als vergleichsweise gut gerüstet. Beim Eigentumsvorbehalt, bei dem diese Fragestellungen erhebliche praktische Bedeutung aufweisen und zu dem sie regelmäßig diskutiert werden, eröffnet das geltende Recht insbesondere den Erwerb von Miteigentum als Ersatz für den Materialwert im Fall der Verarbeitung und die sicherungsweise Abtretung der Kaufpreisforderungen im Fall des Weiterverkaufs von Sicherungsgut. Der DCFR schafft,

2539 Überblick zu diesem vor allem mit Gutglaubenserwerbsregeln operierenden Schutzregime oben V.D.2.c.(ii.)(γ).
2540 Vgl oben V.D.2.b.(ii.).
2541 *Enrolment* iSd IX.–3:304 DCFR.
2542 Vgl V.D.2.b.(i.) unter 4.
2543 Vgl IX.–3:306(1)(c) DCFR und hierzu näher V.C.2.a.(i.) unter 2.

Vereinbarung und zwecks Insolvenzfestigkeit auch Registrierung vorausgesetzt, äquivalente Ersatzsicherungsmechanismen. Technisch sind diese so konstruiert, dass sie nicht auf den Bereich des Eigentumsvorbehalts beschränkt sind (was zB in Hinblick auf den Eintritt in Schadenersatz- oder Versicherungsansprüche eine Ausweitung des Gläubigerschutzes gegenüber dem geltenden Recht bewirkt).

Im Fall der **Verarbeitung** von Sachen, die unter Eigentumsvorbehalt verkauft wurden oder mit einem reinen Sicherungsrecht belastet sind, bleibt der Sicherungsnehmer bei entsprechender Vereinbarung mit einem *security right* am Erzeugnis im Umfang des Sachwerts des Sicherungsguts dinglich gesichert; der Verarbeiter erwirbt Alleineigentum am Produkt. Hinsichtlich der dinglichen Wertsicherung entspricht dies der Miteigentumslösung des österreichischen Rechts bei Verarbeitung von Vorbehaltsgut. Abseits dieses »Unentschiedens« in Hinblick auf das Wertsicherungsinteresse des Sicherungsnehmers hat das DCFR-Modell allerdings deutliche praktische Vorteile für sich und bietet sich folglich als Vorbild für die weitere Rechtsentwicklung mE an: Sowohl bei der Weiterveräußerung des Produkts als auch bei Eintritt des Sicherungsfalls erweist sich die Miteigentumslösung des ABGB als sperrig und potentiell ineffizient. Die Lösung des DCFR hingegen erspart sich alle Probleme der Verwaltung und Auflösung von Miteigentum, gewährt dem Sicherungsinteressenten das, was er braucht, nämlich ein (beschränktes dingliches) Sicherungsrecht, und bündelt die Verwertungsinteressen zum Nutzen aller Beteiligter in den Händen des Verarbeiters bzw dessen Insolvenzverwalters.[2544]

Auch in Bezug auf die Sicherung im Fall des **Weiterverkaufs** des Sicherungsguts oder dessen **Zerstörung bzw Beschädigung** ergeben sich einige punktuelle praktische Verbesserungen. Der DCFR operiert hier mit dem Konzept einer Erstreckung des ursprünglich auf der Sache lastenden Sicherungsrechts in *proceeds* (Erlöse etc). In Bezug auf an die Stelle der beschädigten Sache tretende Schadenersatz- oder Versicherungsansprüche tritt diese Erstreckung automatisch ein und ist damit dem österreichischen Recht einen Schritt voraus. Für den Fall des Weiterverkaufs ist der Vorbehaltsverkäufer oder sonstige Sicherungsnehmer nach österreichischem Recht gehalten, mit dem Sicherungsgeber eine sicherungsweise Abtretung der Kaufpreisforderung zu vereinbaren und für die erforderliche Publizität zu sorgen. Der DCFR löst auch diese Konstellation mit dem Konzept einer Erstreckung des Sicherungsrechts in *proceeds* (in diesem Fall in die Kaufpreisforderung) und verlangt hierzu ebenfalls eine Vereinbarung dieser Erstreckung sowie deren Registrierung. Unter dieser Voraussetzung bleibt die ursprüngliche Priorität erhalten, was zB im Fall einer Anschaffungsfinanzierungssicherheit dazu führt, dass das Sicherungsrecht des »Warenkreditgebers« an der Kaufpreisforderung

2544 Siehe näher oben V.F.2.

Vorrang auch gegenüber einem früher registrierten Globalsicherungsrecht am Forderungsbestand des Sicherungsgebers genießt. Dieses Ergebnis, das andere Rechtsordnungen schon heute auf unterschiedlichem konstruktivem Weg erreichen, ist nach österreichischem Recht de lege lata blockiert. Die Lösungen des DCFR überzeugen.[2545] Die gegenüber dem geltenden Recht geänderte Regelungstechnik sollte im Ergebnis nicht abschrecken.

B. Handlungsoptionen für Österreich im Fall einer Orientierung am DCFR

Die bisherige Zusammenfassung hat sich auf eine inhaltliche Bewertung des DCFR als mögliche Entwicklungsperspektive bezogen. Es hat sich ergeben, dass es sinnvoll wäre, diese Perspektive weiter zu verfolgen und einer breiteren Diskussion zuzuführen. Ob sich die Vorschläge des DCFR auch in Bezug auf die in dieser Arbeit nicht untersuchten Bereiche empfehlen, würde zu klären sein, ebenso, inwieweit Begleitmaßnahmen insbesondere im Insolvenzrecht geboten erscheinen; schließlich wären mE in einzelnen Punkten Modifikationen bzw Verfeinerungen vorzunehmen.

Ergibt sich zumindest grundsätzlich Bereitschaft dahingehend, eine Reform dieser Ausrichtung ernsthaft ins Auge zu fassen, stellt sich die Frage, in welchem Rahmen – rein national oder europäisch ausgerichtet – ein allfälliges Reformvorhaben aufgesetzt werden sollte. Diese Frage war nicht Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit. Nur so viel war festzuhalten, dass im Fall eines koordinierten europäischen Vorgehens erhebliche zusätzliche Vorteile erzielt werden könnten, namentlich infolge eines einheitlichen übernationalen Registersystems, wie es der DCFR ja andenkt.[2546] Zur Abrundung der Arbeit sei daher exkursförmig ganz kurz auf jene wesentlichen Optionen hingewiesen, die – entsprechenden rechtspolitischen Willen vorausgesetzt – zur Umsetzung einer inhaltlichen Ausrichtung am DCFR zur Verfügung stehen. Dabei können verschiedene Ansätze uU auch nacheinander verfolgt werden; etwa, wenn sich ein entsprechender Konsens zu einer weitergehenden europäischen Lösung nur zögerlich entwickelt. In Betracht kommen neben einer **rein nationalen Reform** im Wesentlichen drei Varianten einer europäisch ausgerichteten Umsetzung:[2547] Möglich wäre einmal die Ausarbeitung eines europäischen **Modellgesetzes** für Mobiliarsicherheiten samt

2545 Im Einzelnen siehe Kapitel V.F.3.
2546 Vgl etwa oben IV.D.2.
2547 Die einzelnen Optionen werden ausführlich diskutiert bei *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 468 ff, auf den für Näheres verwiesen werden darf. Geraffte Diskussion wesentlicher Fragen aus österreichischer Sicht bei *W. Faber,* JBl 2012, 428 (431 f).

Schaffung der Grundlagen für ein einheitliches Register. Buch IX DCFR könnte hierfür als ein wesentlicher Ausgangspunkt fungieren, ohne freilich Ergebnisse vorwegnehmen zu müssen. Die am Prozess beteiligten Staaten können das Ergebnis am Ende übernehmen oder auch nicht, wenn es ihrer Meinung nach inhaltlich nicht überzeugt *(opt-in*-Lösung). Damit wäre mittelbar auch für entsprechenden Druck gesorgt, auf inhaltliche Qualität besonderes Augenmerk zu legen. Dem erheblichen Zeit- und Erfolgsdruck, unter dem die Ausarbeitung von EU-Rechtsakten im Privatrecht oftmals leidet, könnte man auf diese Weise uU in relativ weitem Ausmaß entgehen.[2548] Alternativ ist an ein **Optionales Instrument** zu denken, also an einen verbindlichen Rechtsakt (der EU), dessen materiellrechtliche Regelungen von den Parteien des Sicherungsvertrags durch privatautonome Vereinbarung für anwendbar erklärt werden können. Hierzu wäre erforderlich, durch eigene Rechtsregeln das Nebeneinander von weiterbestehendem traditionell-nationalem und neuem einheitlichem Recht zu koordinieren.[2549] Die Wahlmöglichkeit durch die Parteien könnte entweder als kollisionsrechtliche Rechtswahl (durch entsprechende Modifikation der derzeit zwingenden Anknüpfung an den Lageort im Internationalen Privatrecht)[2550] oder – vergleichbar mit dem Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts[2551] – als Wahl zwischen zwei alternativen Bestandteilen nationalen Rechts ausgestaltet werden. Denkbar ist schließlich als am weitesten gehende Option, ein **einheitliches europäisches Mobiliarsicherungsrecht** unter gänzlicher Aufgabe der angestammten nationalen Regime anzustreben. Als weniger weitgehende Alternative könnte theoretisch eine Harmonisierung wesentlicher Grundlagen durch eine **EU-Richtlinie** fungieren.[2552] Angesichts der erheblichen Unterschiede in den Mobiliarsicherungsrechten Europas müsste eine solche Richtlinie allerdings schon einen erheblichen Regelungsumfang und Detaillierungsgrad aufweisen, damit ein funktionsfähiges System mit entsprechendem Integrationspotential erzielt werden kann.

2548 Näher *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 473 ff.

2549 Konkrete Vorschläge entwickelt insbesondere *Kreuzer* in *Basedow/Remien/Wenckstern,* Europäisches Kreditsicherungsrecht 31 (61 ff); siehe nun auch *W. Faber* in FS Schwartze 61; vgl ferner *Brinkmann,* Kreditsicherheiten 479 ff; *Kieninger,* AcP 208 (2008) 182 (196 ff, 222 ff); *dies,* Perspektiven für ein Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht, ZEuP 2016, 201 (mit angedeuteter Präferenz für eine EU-Harmonisierungsrichtlinie); *de Groot* in *van Erp/Salomons/Akkermans,* Future of European Property Law 137 (140 ff). Als Kompetenzgrundlage wird Art 352 AEUV angesehen.

2550 Die Berechtigung einer zwingenden Ausgestaltung der Situs-Regel trifft in jüngerer Zeit vermehrt auf Kritik, besonders in Zusammenhang mit dinglichen Kreditsicherungsrechten. Eingehend etwa *Flessner,* Rechtswahl im internationalen Sachenrecht – neue Anstöße aus Europa, in FS Koziol (2010) 125.

2551 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg, siehe dort 7 und 9 sowie Erwägungsgrund 10.

2552 Gewisse Sympathie hierfür bei *Kieninger,* ZEuP 2016, 201 (212 ff).

C. Schlussbemerkung

Die Liste an Reformanstößen für das österreichische Mobiliarsicherungsrecht ist lang, alle Initiativen einer grundlegenden Modernisierung auf Registerbasis sind bislang im Sand verlaufen. Es mag vermessen erscheinen, zu erwarten, dass ausgerechnet einer Initiative auf Grundlage eines weitgehend wohl als fremd und komplex empfundenen Modells wie jenes des DCFR mehr Akzeptanz beschieden sein sollte.

Diffuse Skepsis sollte eine sachliche Auseinandersetzung freilich nicht präjudizieren. Der Verfasser plädiert dafür, den Entscheidungsfindungsprozess in einem ersten Schritt auf das **Definieren rechtspolitisch gewünschter Ergebnisse** auszurichten und nicht von Konstruktionsfragen auszugehen. Man sollte also Buch IX DCFR oder etwa das in Belgien verwirklichte Modell nicht schon deshalb vorschnell ablehnen, weil sie anders oder – wie im Fall des DCFR nicht zu bestreiten – komplexer sind als das Gewohnte. Nach der Entscheidung über rechtspolitische Ziele kann man diese mit jenen Ergebnissen **abgleichen**, die sich mit vorliegenden Regelungsmodellen erzielen lassen. Dabei kann sich zeigen, dass die von einem solchen »neuen« Modell erzielten Ergebnisse dem rechtspolitisch Gewollten deutlich besser entsprechen als es durch bloße Anpassungen des geltenden Systems bewerkstelligt werden könnte. Vor allem diese Schritte eines potentiellen Entscheidungsprozesses sollen durch die vorliegende Arbeit vorbereitet und unterstützt werden. Zur Annäherung an mutmaßlich rechtspolitisch Gewolltes war sie unter anderem bemüht, Wertungstendenzen aus der Diskussion zum geltenden Recht und zu rezenten Reformvorschlägen aufzugreifen und gleichsam als (wenngleich natürlich nicht einziges) Beurteilungskriterium an das DCFR-Modell heranzutragen. Auf dieser Grundlage wurde zudem versucht zu überprüfen, inwieweit der DCFR diesen präsumtiven inhaltlichen Leitlinien entspricht. Es ist deutlich geworden, dass der Verfasser dem Modell des DCFR in diesem Teil eines Entscheidungsprozesses gute Chancen einräumt.

Freilich liegt gegenüber dem DCFR-Modell auch dann, wenn man seine Ergebnisse gutheißt, ausgehend von der österreichischen Rechtstradition immer noch der Einwand nahe, zu komplex, zu kompliziert zu sein, als dass sich der Anpassungs- und Umstellungsaufwand in der Rechtspraxis lohne. Man wird vom Autor dieser Untersuchung nicht erwarten, dass er solche Bedenken durchschlagen lassen wollte. Zum einen sind einige rechtstechnische und strukturelle Vereinfachungen gegenüber dem Ausgangsmodell des DCFR denkbar und nach zwischenzeitlich gesammelten Erfahrungen des Verfassers auch machbar.[2553] Zudem

2553 Der Verfasser bezieht sich hierbei auf Arbeiten an einem Optionalen Instrument für Mobiliarsicherheiten, an dem er beteiligt ist, dessen Ergebnisse allerdings bei Abschluss des Manuskripts noch nicht endgültig feststehen und in ihrer vorläufigen Form auch noch nicht zur

erscheint mir in diesem Zusammenhang der Hinweis wichtig, dass zumindest dann, wenn sich in Europa eine kritische Masse an Staaten zu Reformen nach einem vergleichbaren Modell bereitfinden sollte, auch derartige Bedenken einer Neubewertung zuzuführen wären. Dass der potentielle Nutzen im Fall einer einheitlichen, grenzüberschreitend nutzbaren Lösung um etliches höher anzusetzen wäre, scheint evident.

Veröffentlichung freigegeben sind. Zu allgemeinen Gesichtspunkten aus dieser Arbeit vgl *W. Faber* in FS 40 Jahre IPRG 339 (364 ff); *dens* in FS Schwartze 61.

Literaturverzeichnis

Das Verzeichnis umfasst auch Vorarbeiten zu Gesetzgebungsverfahren.

- *Aichinger,* Das »anonyme« Sicherungsmittel Eigentumsvorbehalt – Maßnahmen für eine Offenkundigkeit, ZfRV 2010, 273
- *Aichinger,* Der Eigentumsvorbehalt und seine Zukunft – In Österreich, England, Frankreich und der Schweiz (2010)
- *Aigner,* Der Eigentumsvorbehalt (2015)
- *Aigner,* Die Verpfändung mittels Übergabe durch Zeichen, deren Entfernung und Wiederanbringung, ÖJZ 2016, 293
- *Albiges,* La place du gage sans dépossession au sein des sûretés réelles mobilières, in *Borga/Gout* (Hrsg), L'attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 117
- *Altmeppen,* Zur Rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte, ZHR 157 (1993) 541
- *Andová,* Das Mobiliarpfandrecht in Österreich, Ungarn, Tschechien und in der Slowakei – Unter besonderer Berücksichtigung des besitzlosen Pfandrechts (2004)
- *Angst/Oberhammer* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung[3] (2015)
- *Ankum,* Das Fiducia-Verbot des Niederländischen Zivilgesetzbuches von 1992, in *Vacca* (Hrsg), La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica – V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13–15 settembre 2001 (2003) 345
- *Ansault,* L'efficacité du gage sans dépossession, in *Borga/Gout* (Hrsg), L'attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 101
- *Apathy,* Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, im österreichischen Recht, in *Hadding/Schneider* (Hrsg), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen (1999) 509
- *Apathy,* Die Sicherungsübereignung, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX: Kreditsicherheiten Teil II[2] (2012) 277
- *Apathy,* Die Sicherungszession, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX: Kreditsicherheiten Teil II[2] (2012) 303
- *Apathy,* Die Treuhandschaft aus rechtshistorischer Sicht, in *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandschaft (1995) 1
- *Apathy,* Kreditnehmer- und Kreditgeberwechsel bei Höchstbetragshypotheken, ÖBA 2000, 1031
- *Apers/Gruyaert,* Eigendomsvoorbehoud en onroerende incorporatie volgens de nieuwe pandwet: welk nieuws onder de zon? TPR 2015, 83
- *Appl,* Der Gläserne Schuldner – Mobiliarpfandregister und Datenschutz, NZ 2007, 161
- *Aschenbrenner,* Die Sicherungsübereignung im deutschen, englischen und brasilianischen Recht (2014)
- Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières bzw Voorontwerp van wet tot wijziging van het burgerlijk wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft, in *Dirix,* De hervorming van de roerende zakelijke zekerheden (2013) 130

- *Aynès/Crocq,* Les sûretés: la publicité foncière[10] (2016)
- *Bachner,* Publizität und stärkste Beziehung bei Mobiliarsicherheiten im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, ÖJZ 2020, 53
- *Bachofen von Echt,* Tractatus de pignoribus et hypothecis, absolutissimus (Frankfurt und Rostock 1656)
- *Baeck,* Achtergrond en krachtlijnen van de hervorming, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 1
- *Baeck,* Het nieuwe pandrecht, RW 2015–2016, 1209
- *Bähr,* Rezension zu Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, KritV 32 (1890) 367
- *Bamberger/H. Roth/Hau/Poseck* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV[4] (2019)
- *Bartsch,* Die Sicherungsübereignung in der neuen Konkursordnung, JBl 1914, 557
- *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar I[4] (2000), III[4] (2002)
- *Baur/Stürner,* Sachenrecht[18] (2009)
- *Bazinas,* Key objectives and fundamental policies of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 456
- *Bazinas,* The UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, in *Bazinas/Akseli* (Hrsg), International and Comparative Secured Transactions Law – Essays in Honour of Roderick A Macdonald (2017) 55
- *Beale,* Secured Transactions, Juridica International 14 (2008) 96
- *Beale/Bridge/Gullifer/Lomnicka,* The Law of Security and Title-Based Financing[3] (2018)
- *Bebchuk/Fried,* The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics, (1996–1997) 82 Cornell L Rev 1279
- *Becue,* De wet van 11 juli 2013 met betrekking tot de hervorming van zakelijke zekerheden op roerende goederen (nieuwe pandwet), TVerz 2014, 352
- *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Hrsg), Corpus Iuris Civilis, Text mit Übersetzung III, Digesten 11–20 (1999)
- *Beig,* Die Zession künftiger Forderungen (2008)
- *Benn-Ibler,* Contra: Registerpfandrecht, ÖBA 2004, 895
- *Benöhr,* Konsumentenschutz vor 80 Jahren – Zur Entstehung des Abzahlungsgesetzes vom 16. Mai 1894, ZHR 138 (1974) 492
- *Benöhr,* Rezension zu Löffelmann, Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen – Rechtsvergleich zwischen deutschem und römischem Recht (1996), ZSSt RomAbt 118 (2001) 570
- *W. Berger,* Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht – Besitzloses Pfandrecht und Eigentum (1984)
- *Berlee,* Meer aandacht voor privacy in de openbare registers? NJB 2015, 1520
- *Biller,* Die neuen besitzlosen Mobiliarsicherheiten des französischen Rechts im Vergleich zum deutschen Mobiliarsicherungsrecht (2012)

- ▹ *Blommaert* (Hrsg), Wet en Duiding: Economisch Recht, Deel 5, Bank en Zekerheden (2014)
- ▹ *Böhler,* Allgemeiner Teil des Kreditsicherungsrechts, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VIII: Kreditsicherheiten Teil I[2] (2012) 1
- ▹ *Böhler,* Die Verpfändung von Sparbüchern (1992)
- ▹ *Boehmer,* Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II/2 (1952)
- ▹ *Bollenberger,* Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit: Aussonderung durch Anfechtung (1995)
- ▹ *Bollenberger,* Sicherungszession durch Buchvermerk und künftige Forderungen, in FS Iro (2013) 289
- ▹ *Bollenberger,* Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖJZ 1995, 641
- ▹ *Bontinck,* Het pandregister, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 203
- ▹ *Bornemann,* Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts I[2] (1842), IV[2] (1844)
- ▹ *Bourassin/Brémond/Jobard-Bachellier,* Droit des sûretés[5] (2016)
- ▹ *Brandt,* Eigentumserwerb und Austauschgeschäft – Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Licht der Rechtswirklichkeit (1940)
- ▹ *Braukmann,* Pignus – Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft (2008)
- ▹ *Brauneder,* Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, Gutenberg-Jahrbuch 1987, 205
- ▹ *Brauneder,* Die »stillschweigenden Hypotheken« und der österreichische Landesbrauch, in Bericht über den 11. österreichischen Historikertag (1972) 226
- ▹ *Brehm/Berger,* Sachenrecht[3] (2014)
- ▹ *Bridge,* The English Law of Real Security, in *Vacca* (Hrsg), La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica (2003) 169
- ▹ *Bridge,* The English law of security: creditor-friendly but unreformed, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 81
- ▹ *Brinkmann,* Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen – Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen (2011)
- ▹ *Brinz,* Lehrbuch der Pandekten II[2] (1882)
- ▹ *Broeckx,* Uitwinning van pandrechten, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 93
- ▹ *Brown,* The New Zealand Personal Property Securities Act 1999, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 328
- ▹ *Brüggemeier/Dubischar/Ott/Rüßmann/Teubner* (Bearb), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II – Reihe Alternativkommentare (1980); zitiert als AK-BGB
- ▹ Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1985)

- *Burdese,* Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus (1949)
- *Burgstaller,* Das Pfandrecht in der Exekution (1988)
- *F. Bydlinski,* Die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in FS Larenz (1973) 1025
- *P. Bydlinski,* Anmerkung zu OGH 5 Ob 233/13w, ÖBA 2014, 615
- *P. Bydlinski,* Durchbrechungen des Publizitätsprinzips beim Mobiliarpfandrecht? ÖJZ 1986, 327
- *P. Bydlinski,* Replik auf Wolfgang Faber – Ergänzende Bemerkungen zum vereinbarten Eigentumsvorbehalt und dessen »Wirksamkeit«, ALJ 2015, 247
- *P. Bydlinski/F. Bydlinski,* Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001)
- *M. Cabrillac/Mouly/S. Cabrillac/Pétel,* Droit des sûretés[10] (2015)
- *Caeymaex/Cavenaile,* Manuel des sûretés mobilières (2016)
- *Calnan,* What is wrong with the law of security? in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 162
- *Cattaruzza,* Les grands axes de la réforme des sûretés mobilières, Rev banc fin 2013, 185
- *Cauffman/Sagaert,* National Report on the Transfer of Movables in Belgium, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), National Reports on the Transfer of Movables in Europe IV: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal (2011) 189
- City of London Law Society, Discussion Paper: Secured Transactions Reform (2012), abrufbar unter <https://www.citysolicitors.org.uk/storage/2013/09/20121120-Secured-Transactions-Reform-discussion-paper.pdf>
- *Cohen,* Die geschichtliche Entwicklung des Eigenthumsvorbehaltes, GrünhutsZ 21 (1894) 689
- *Coing,* Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts (1973)
- *Coing,* Europäisches Privatrecht I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800) (1985)
- *Coing,* Europäisches Privatrecht II: 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern (1800 bis 1914) (1989)
- *Conseil d'Etat* (Belgien): Avis du Conseil d'etat n° 51.680/2/V vom 27.8.2012/Advies van de Raad van State Nr 51.680/2/V vom 27.8.2012, aus: *Chambre des représentants de Belgique/Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers,* Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière/Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, vom 24.10.2012, DOC 53 2463/001, 105
- *Cosack,* Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1889)
- *Costa/W. Faber,* Die Eigentumsübertragung mit Vertragsabschluss beim Kauf beweglicher Sachen im französischen und belgischen Recht, ZfRV 2010, 260
- *Crocq,* L'étrange refus de la cession de créance de droit commun à titre de garantie (Com. 19 déc. 2006, n° 05-16.395), RTDciv 2007, 160

- *Crocq,* Une très importante consécration de la pleine efficacité du nantissement d'une créance née d'un contrat à execution successive! (Com. 26 mai 2010, n° 09-13.388, D. 2010. 1340, obs. A. Lienhard), RTDciv 2010, 597
- *Csizmazia,* Sicherungsrechte an Immobilien in Ungarn, in *Hinteregger/Borić* (Hrsg), Sicherungsrechte an Immobilien in Europa (2009) 51
- *Czermak,* Das Besitzkonstitut beim Sale-and-lease-back-Verfahren, ÖBA 1987, 232
- *Dalhuisen,* Conditional Sales and Modern Financial Products, in *Hartkamp* et al (Hrsg), Towards a European Civil Code[2] (1998) 525
- *Dalhuisen,* Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law II: Contract and Movable Property Law[5] (2013)
- *Daninger,* Einführung der Sicherungsübereignung durch die Rechtsprechung? Inhalt der Exszindierungsklage? Geltendmachung des Pfandrechtes? JBl 1914, 505
- *Decker,* Geistiges Eigentum als Kreditsicherheit – Status Quo und Reformmöglichkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Empfehlungen des UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und dessen Annex (2012)
- *de Groot,* Fiduciary Transfer and Ownership, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms? (2008) 161
- *de Groot,* Three questions in relation to the scope of Book IX DCFR, in *van Erp/Salomons/Akkermans* (Hrsg), The Future of European Property Law (2012) 137
- *de Groot/Salomons,* Zekerheidsoverdracht in het Nederlandse BW, de Franse Code civil en de Europese DCFR, AAe 2011, 383
- *de Lacy,* The evolution and regulation of security interests over personal property in English law, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 3
- *Del Corral,* Zekerheidsrechten, Stand van zaken, NJW 2014, 578
- *E. Demelius,* Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht – Mit besonderer Berücksichtigung des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (1897)
- *H. Demelius,* Der Oberste Gerichtshof und das Handelsrecht. Ein Rückblick, in FS zur Jahrhundertfeier des österreichischen Obersten Gerichtshofes (1950) 1
- Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914)
- *Derijcke,* La réforme des sûretés réelles mobilières, TBH 2013, 691
- *Derleder,* Sicherungsübereignung und Wertausschöpfung – Ein Beitrag zur Eingliederung der Sicherungsübereignung in das System der Kreditsicherung, BB 1969, 725
- *Dernburg,* Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I (1860), II (1864)
- *Dernburg,* Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs I: Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs[5] (1894)
- *Dernburg,* Pandekten I[7] (1902)

- *de Weijs,* Secured Credit and partial priority: Corporate finance as a creation or an externalisation practice? EPLJ 2018, 63
- *Dirix,* Artikelen 47–56 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2015) 57
- *Dirix,* Belgium, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Cross-Border Security over Tangibles (2007) 221
- *Dirix,* Controle door de pandhouder van een schuldvordering en de Wet Financiële Zekerheden, RW 2006–07, 1337
- *Dirix,* De hervorming van de roerende zakelijke zekerheden (2013)
- *Dirix,* De nakende hervorming van de roerende zakelijke zekerheden, in *Blanpain* et al (Hrsg), Recht in beweging (2013) 351
- *Dirix,* De nieuwe Pandwet: doelstellingen en uitgangspunten, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 1
- *Dirix,* Security rights in the DCFR from a Belgian perspective, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives (2012) 313
- *Dirix,* The New Belgian Act on Security Interests in Movable Property, Int Insolv Rev 2014, 171
- *Dirix/Peeters,* Belgium, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Cross-Border Security over Receivables (2009) 219
- *Dirix/Sagaert,* The New Belgian Act on security rights in movable property, EPLJ 2014, 231
- *Drobnig,* Basic issues of European rules on security in movables, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 444
- *Drobnig,* Gutachten F: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? in Verhandlungen des 51. DJT I (1976)
- *Drobnig,* Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights, in *Drobnig/Snijders/Zippro* (Hrsg), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market? (2006) 105
- *Drobnig,* Security Rights in Movables, in *Hartkamp/Hesselink/Hondius/Ch. Mak/du Perron* (Hrsg), Towards a European Civil Code[4] (2011) 1025
- *Drobnig/Böger,* Principles of European Law: Proprietary Security in Movable Assets (2015)
- *Duursma-Kepplinger,* Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz (2002)
- *Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2: Das Sachenrecht[2] (1957); II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse[2] (1928)
- *Ehrlich,* Das Registerpfandrecht, JBl 1891, 123, 135
- *Eicher,* Ausgewählte Probleme des Mobiliarpfandrechts unter Berücksichtigung der Mithaftung von beweglichen Sachen mit Liegenschaften (1999)
- *Eicher,* Das Pfandrecht an beweglichen Sachen, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX: Kreditsicherheiten Teil II[2] (2012) 1

- *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/N. Jansen/Wagner/Zimmermann,* Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529
- *Eidenmüller/Kieninger* (Hrsg), The Future of Secured Credit in Europe (2008)
- *Enchelmaier,* Die englische *floating charge:* Aufstieg und Fall eines Sicherungsrechts, ZVglRWiss 2013, 403
- *Erath,* Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bei Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, AcP 128 (1928) 344
- *Erman* (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch I[15] (2017); I[16] (2020)
- *Ertl,* Die Geheimpublizität der elektronischen Sicherungszession, JBl 2002, 197
- *Exner,* Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht (1867)
- *Exner,* Gutachten über die Frage: Ob und unter welchen Voraussetzungen das constitutum possessorium mit der Wirkung der Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten ist, in Verhandlungen des 15. DJT I (1880) 3
- *Exposé des motifs/Memorie van toelichting* aus: *Chambre des représentants de Belgique/Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers,* Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière/Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, vom 24.10.2012, DOC 53 2463/001, 4
- *W. Faber,* Aus dem Ausland »importierte« Mobiliarsicherheiten: Handlungsbedarf im IPRG bzw im materiellen Recht? ZFR 2020, 280
- *W. Faber,* Book VIII DCFR on Acquisition and Loss of Ownership of Goods, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives (2012) 323
- *W. Faber,* Eigentumsvorbehalt und Publizität – Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz, ALJ 2015, 212
- *W. Faber,* Das Mobiliarsicherungsrecht des DCFR: Perspektiven für eine Reform in Österreich bzw in Europa? JBl 2012, 341, 424
- *W. Faber,* In Deutschland publizitätslos begründetes Sicherungseigentum nach Grenzübertritt doch nicht unwirksam? ÖBA 2019, 401
- *W. Faber,* Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to Book IX DCFR, Juridica International 21 (2014) 27
- *W. Faber,* Was tun im Recht der grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten? – Rechtswahlfreiheit eröffnen, Optionales Instrument, Anerkennung iSv OGH 3 Ob 249/18s oder doch wieder Durchsetzung nationaler Publizitätsanforderungen? in *Heindler* (Hrsg), FS 40 Jahre IPRG (2020) 339
- *W. Faber,* Zur Idee eines optionalen Instruments für Mobiliarsicherheiten – Koordinierungsfragen beim Zusammentreffen mit nationalem Recht, in FS Schwartze (2021) 61
- *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: §§ 285–352 ABGB (2011);

§§ 380–446 ABGB (2018); §§ 447–530 ABGB (2016); §§ 1045–1089 ABGB (2019); §§ 1342–1374 ABGB (2020); §§ 1377–1410 ABGB (2011); zitiert als Klang[3]

- *Ferid,* Das französische Zivilrecht I: Allgemeine Lehren, Recht der Schuldverhältnisse[1] (1971)
- *Ferid/Sonnenberger,* Das Französische Zivilrecht II[2] (1986)
- *Feuerborn,* Der Bestimmtheitsgrundsatz bei der Übereignung von Sachgesamtheiten, ZIP 2001, 600
- *Fikkers,* Recht van reclame (1992)
- *Fisher,* Personal property security law reform in Australia: history, influences, themes and the future, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 366
- *Fischer-Czermak,* Mobilienleasing – Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung (1995)
- *Fitz,* Globalzession als Kreditsicherung im österreichischen Recht, ÖJZ 1973, 595
- *Fix,* Die fiducie-sûreté – Eine Untersuchung der französischen Sicherungstreuhand aus deutscher Sicht (2014)
- *Flessner,* Rechtswahl im internationalen Sachenrecht – neue Anstöße aus Europa, in FS Koziol (2010) 125
- *Floßmann,* Österreichische Privatrechtsgeschichte[6] (2008)
- *W. Flume,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft[4] (1992)
- *Foëx* (Hrsg), The draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions – Why and how? (2016)
- *Fransis,* Capita selecta panduitwinning, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 179
- *Friedländer,* Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend Einführung des Registerpfandrechts, ZBH 1926, 99
- *Frotz,* Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts – Gutachten, in Verhandlungen des Vierten Österreichischen Juristentages 1970 I/3 (1970)
- *Frotz,* Zur Fortbildung des Kreditsicherungsrechts durch Einführung neuer Formen der Begründung von Mobiliarpfandrechten, in FS H. Demelius (1973) 323
- *Füller,* Eigenständiges Sachenrecht? (2006)
- *Gaul,* Lex commissoria und Sicherungsübereignung – Zugleich ein Beitrag zum sogenannten Innenverhältnis bei der Sicherungsübereignung, AcP 168 (1968) 351
- *Geller,* Bemerkung der Redaktion, ZBl 28 (1910) 234
- *Georges,* La réforme des sûretés mobilières, Ius & actores 2013/3, 59
- *Georges,* Opposabilité des sûretés réelles mobilières et conflits de rang, in *Durant* (Hrsg), Les sûretés réelles mobilières (2017) 83
- *Gierke,* Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889)
- *Gönner,* Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern I[1] (1823), I[2] (1868)
- *Gough,* Company Charges[2] (1996)

- *Grädler,* Die Möglichkeiten der globalen Belastung von Unternehmen im deutschen Recht – dargestellt am Beispiel der englischen floating charge (2012)
- *G. Graf,* Eigentumsvorbehalt und kollidierende AGB – Korrektur eines Missverständnisses, in FS Welser (2004) 205
- *G. Graf,* Nutzung der Pfandsache durch den Gläubiger? ÖBA 1990, 798
- *Gregory/Walton,* Fixed and floating charges – a revelation, (2001) LMCLQ 123
- *Greneck,* Theatrum Iurisdictionis Austriacae (Wien 1752)
- *Grotius,* Inleydinge tot de Hollandsche Regstsgeleertheyt (Amsterdam 1652)
- *Grotius,* Florum sparsio ad jus Justinianeum (Neapel 1777)
- *Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés,* Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, ministre de la justice (2005)
- *M. Gruber,* Das Register für Mobiliarsicherheiten – Überlegungen zu Funktion und Organisation, ÖJZ 2007, 437
- *M. Gruber,* Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001)
- *Gschnitzer,* Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts – Sachenrecht[1] (1968)
- *Gschnitzer,* Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts – Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz[1] (1963)
- *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher,* Österreichisches Sachenrecht[2] (1985)
- *Gullifer* (ed), Goode and Gullifer on Legal Problems of Credit and Security[6] (2017)
- *Gursky,* Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Mobiliarsachenrecht – Teil 1, JZ 1997, 1094
- *Hahn,* Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen IV: Materialien zur Konkursordnung (1881/Neudruck 1983)
- *Hammerstein,* Die Herde im römischen Recht – Grex als rechtliche Sachgesamtheit und Wirtschaftseinheit (1975)
- *Hamwijk,* Public Filing with Regard to Non-possessory Security Rights in Tangible Assets as Contemplated by the DCFR: Of No Benefit to Unsecured (Trade) Creditors, ERPL 2011, 613
- *Hamwijk,* Publicity in Secured Transactions Law – Towards a European public notice filing system for non-possessory security rights in movable assets? (2014)
- *Harnoncourt/Spitzer,* Eigentumsvorbehalt, Vermengung und Individualisierbarkeit, ÖJZ 2014, 488
- *Harras von Harrasowsky,* Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I (1883), II–III (1884), IV (1886), V (1886)
- *Harras von Harrasowsky,* Geschichte der Codification des österreichischen Zivilrechtes (1868/1968)
- *Harrer,* Modus der Besicherung, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II – Der Notar und die Kreditbesicherung im europäischen Umfeld (2005) 113
- *Harrer,* Sicherungsrechte – Bürgschaft, Faustpfand, Hypothek, Eigentumsvorbehalt (2002)
- *Heck,* Grundriß des Sachenrechts (1930/Neudruck 1960)
- *Hedinger,* Über Publizitätsdenken im Sachenrecht (1987)

- *Heilbron,* Bezitloze zekerheidsrechten op roerende zaken naar Nederlands, Duits en Amerikaans recht, Vermogensrechtelijke Analyses 2011, 41
- *Heindler,* Die Faustpfandpublizität im IPR, ÖBA 2020, 395
- *Heitler,* Zum Problem des Registerpfandes, JBl 1927, 34
- *Hellebuyck,* Artikel 71 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2014) 57
- *Hellwig,* Gläubigernot. Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen (1912) = Vermehrter Sonderabdruck aus: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 141
- *Hellwig,* Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, AcP 64 (1881) 369
- *Helsen,* Belang van openbaar pandregister mag niet onderschat worden, Juristenkrant 2015/314, 11
- *Hesselink,* The Common Frame of Reference as a Source or European Private Law, (2009) 83 Tul L Rev 919
- *Heymann,* De rijkwijdte van het fiducia-verbod – In het bijzondere verband met leasing, WPNR 6119 (1994) 1
- *Hinteregger,* Das Recht der dinglichen Sicherheiten – Reformbedarf vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklungen, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), ABGB 2011, Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 167
- *Hirsch,* Der Einfluß des römischen Rechts auf das Publizitätsprinzip des vertraglich bestellten Fahrnispfandrechts in den Partikularrechten von 1400 bis 1900 (1937)
- *Hoeniger,* Anmerkung zu RG VII 500/29 (= RGZ 129, 61), JW 1930, 2936
- *S. Hofer,* Treuhandtheorien in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts – Zur Verwendung von historischen Rechtsinstituten in der Zivilrechtsdogmatik, in *Helmholz/Zimmermann* (Hrsg), Itinera Fiduciae – Trust and Treuhand in Historical Perspective (1998) 389
- *Hoffmann,* Rangordnung und Rechtsfortbildung im Kreditsicherungsrecht – Zur Kollision von Kreditsicherheiten, AcP 220 (2020) 377
- *Hofmann,* Mortgage und Charge – Gestaltungsmöglichkeiten im englischen Kreditsicherungsrecht (2002)
- *Hofmeister,* Mobiliarsicherheiten – Rechtsprobleme und Lösungsvorschläge (Vortrag, zusammengefasst in ÖJZ 1989, 754)
- *Holzner,* Verpfändung von Warenlagern, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2015 (2016) 113
- *Holzner,* Zur auflösend bedingten oder befristeten Übereignung beweglicher Sachen, in FS Kerschner (2013) 281
- *Holzner,* Zur Neuregelung der außergerichtlichen Pfandverwertung, ÖBA 2007, 940
- *Honsell/Mayer-Maly/Selb,* Römisches Recht[4] (1997)
- *Hoyer,* Kann eine Höchstbetragshypothek zugleich Forderungen aus gewährtem und aus künftig zu gewährendem Kredit sichern? in FS Strasser (1983) 931
- *Hoyer,* Sind Sicherungseigentum und Pfandrecht gleich zu behandeln? JBl 1984, 543
- *Hromadka,* Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert (1971)

- *Hromadka,* Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR 111 (1970) 117
- *Hübner,* Die Behandlung ausländischer besitzloser Mobiliarsicherheiten in Frankreich, JuS 1974, 151
- *Husa,* Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance? RabelsZ 67 (2003) 419
- *Iro,* Bürgerliches Recht IV: Sachenrecht[5] (2013)
- *Iro/Riss,* Bürgerliches Recht IV: Sachenrecht[7] (2019)
- *Iro,* Das Factoringgeschäft, in *Avancini/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993) 150
- *Iro,* Die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunde im Allgemeinen, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht I: Geschäftsbeziehung[2] (2007) 1
- *Iro,* Sicherungseigentum an einem Warenlager, RdW 1997, 383
- *Iro,* Sicherungsglobalzession und Drittschuldnerverständigung, RdW 1989, 357
- *Jakobs/Schubert* (Hrsg), Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I: §§ 854–1017 (1985)
- *Jauernig* (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar[18] (2021); hrsg von *Stürner*
- *C. Jansen,* Der Einfluss des deutschen auf das niederländische bürgerliche Recht zwischen 1840 und 1940, RabelsZ 81 (2017) 400
- *R. Jansen,* Algemene beginselen bij de verpanding van roerende goederen, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 65
- *R. Jansen,* Eigendomsvoorbehoud, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 139
- *Johow,* Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Sachenrecht I (1880), publiziert in *Schubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktion für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht I (1982)
- *Johow,* Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Sachenrecht II (1880), publiziert in *Schubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht II (1982)
- *Kabaja,* EDV-Buchvermerk und Sicherungszession, ecolex 2001, 734
- *Kaller,* Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität (2007)
- *Kalomiris,* Verlängerter Eigentumsvorbehalt, Ersatzaussonderung des Weiterverkaufspreises, Sicherungs(global)zession und ihre Kollision im deutsch-französischen Warenverkehr, insbesondere im Konkurs des Käufers (1992)
- *Kantner,* Insolvenzstatistik 2019 für Österreich, ZIK 2020, 22
- *Kantner,* Insolvenzstatistik 2020 für Österreich, ZIK 2021, 20
- *Kaptein,* Naar een elektronische registratie van onderhandse pandakten? MvV 2012, 139

- *Kaptein,* Pandrecht (2016)
- *Karner,* Gutgläubiger Mobiliarerwerb – Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen (2006)
- *Karollus,* Aktuelle Probleme der Sicherungszession – Besprechung der Entscheidung OGH 29.9.1998, 1 Ob 406/97f, ÖBA 1999, 327
- *Kaser,* Das Römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht[2] (1971); II: Die nachklassischen Entwicklungen[2] (1975)
- *Kaser,* Rezension zu Burdese, Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus (1949), ZSSt RomAbt 67 (1950) 557
- *Kaser,* Studien zum Römischen Pfandrecht (1982)
- *Kaser,* Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht, in Studi in onore di Giuseppe Grosso I (1968) 27
- *Kaser,* Zum ›pignus nominis‹, Iura 20 (1969) 172
- *Kaser/Hackl,* Das Römische Zivilprozeßrecht[2] (1996)
- *Kathrein,* Das Finanzsicherheiten-Gesetz, ÖBA 2004, 172
- *Kepplinger,* Das Synallagma in der Insolvenz (2000)
- *Kepplinger,* Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, ZIK 2000, 110
- *Kieninger,* Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008) 182
- *Kieninger,* European Regulation of Security Rights, in *Drobnig/Snijders/Zippro* (Hrsg), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market? (2006) 165
- *Kieninger,* Gestalt und Funktion einer »Registrierung« von Mobiliarsicherungsrechten, RNotZ 2013, 216
- *Kieninger,* Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 6
- *Kieninger,* Kreditsicherheiten im grenzüberschreitenden Verkehr, Rechtsangleichung und Harmonisierung, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg), Das Recht der Kreditsicherung[10] (2018) 968
- *Kieninger,* Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt – Zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten (1996)
- *Kieninger,* Perspektiven für ein Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht, ZEuP 2016, 201
- *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004)
- *Kieninger,* Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrechts, Teil II, WM 2005, 2353
- *Kilger,* Der Konkurs des Konkurses – Betrachtungen zur gegenwärtigen Situation des deutschen Insolvenzrechts, KTS 1975, 142
- *Kiwe,* Die sicherungsweise Abtretung offener Buchforderungen (1928)
- *Klang,* Der Gesetzentwurf des Hauptverbandes der Industrie über das Registerpfand, JBl 1926, 301

- *Klang,* Exszindierungstypen, Juristische Vierteljahresschrift 44 (1912) 185
- *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II² (1950), IV/2² (1978), VI² (1951) (Band IV/2² herausgegeben von *Klang/Gschnitzer)*
- *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (2010) + Online-Updates
- *Klinck,* Sicherungseigentum als Mobiliarhypothek, AcP 221 (2021) 447
- *Knütel,* Aus den Anfängen des Vermieterpfandrechts, in FS Gerhardt (2004) 457
- *B. Koch,* Gedanken zur Neuordnung des Mobiliarsicherheitenrechts, in FS Koziol (2010) 197
- *B. Koch,* Kreditsicherheiten an Gesellschaftsanteilen, Immaterialgütern und Internet-Domains, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX: Kreditsicherheiten Teil II² (2012) 435
- *R. Koch,* Ueber Verpfändung mittelst symbolischer Uebergabe, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 5 (1871) 341
- *Kodek,* Die Abtretung künftiger Forderungen, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2008 (2009) 31
- *König,* Anmerkung zu OGH 10 Ob 29/07y, ÖBA 2008, 56
- *Kohler,* Bemerkungen zum vorigen Aufsatz, ArchBürgR 7 (1893) 234 (bei dem »vorigen Aufsatz« handelt es sich um: *Linckelmann,* Die Sicherungsübereignung, ArchBürgR 7 [1893] 209)
- *Kohler,* Studien über Mentalreservation und Simulation, JherJB 16 (1878) 91
- *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung (2019)
- *Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen: §§ 10–12a IO (2012); §§ 21, 22 IO (2017) (erscheint faszikelweise)
- *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen: §§ 10–12a KO (1998); §§ 116–120 KO (2001) (erscheint faszikelweise)
- *Koschaker,* Rezension zu Noailles: I: Nexum (aus der Revue historique de droit français et étranger, 1940/41 S 205–274); II: Vindicta (aus derselben Zeitschrift, 1941 S 1–57), ZSSt RomAbt 63 (1943) 457
- *G. Koziol,* Lizenzen als Kreditsicherheiten – zivilrechtliche Grundlagen in Deutschland, Österreich und Japan (2011)
- *G. Koziol,* Sicherungsrechte an Immaterialgüterrechten und Register für Mobiliarsicherheiten – Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions als Vorbild? in FS Iro (2013) 365
- *H. Koziol,* Abtretung künftiger Forderungen und Konkurs des Zedenten, ÖBA 1998, 745
- *H. Koziol,* Erstreckung von Kreditsicherheiten, ÖBA 2003, 809
- *H. Koziol,* Rechtsfragen beim Factoring-Geschäft, QuHGZ 1972, 313
- *H. Koziol,* Sicherungszession und andere Mobiliarsicherheiten aus rechtsvergleichender Sicht, in *Wiegand* (Hrsg), Mobiliarsicherheiten – Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht (1998) 19
- *H. Koziol,* Zu Fragen des Eigentumsvorbehaltes, QuHGZ 1970, 71
- *H. Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – Kurzkommentar⁶ (2020)

- *H. Koziol/Welser,* Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht[13] (2006), bearbeitet von *Kletečka*
- *Krämer,* Das besitzlose Pfandrecht (2007)
- *Krainz/Pfaff,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (Grundriß und Ausführungen) I: Der allgemeine Theil und das Sachenrecht[2] (1894)
- *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I: Der allgemeine Teil und das Sachenrecht[5] (1913)
- *Krasnopolski/Kafka,* Lehrbuch des österreichischen Privatrechts III: Österreichisches Obligationenrecht (1910)
- *Krejci* (Hrsg), Reform-Kommentar zum UGB/ABGB (2007)
- *Kreuzer,* Die Harmonisierung des Rechts der Mobiliarsicherheiten, in *Basedow/Remien/Wenckstern* (Hrsg), Europäisches Kreditsicherungsrecht – Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu Ehren von Ulrich Drobnig am 12. Dezember 2008 (2010) 31
- *Krumhuber/Zahradnik* (Hrsg), Finanzsicherheiten-Gesetz – Kurzkommentar[2] (2012)
- *Kühnelt,* Warum besteht Bedarf an einem Mobiliarpfandregister für Österreich? NZ 2002, 25
- *Kullerkupp,* Vallasomandi üleandmine. Õigusdogmaatiline raamistik ja kujundusvõimalused (2013)
- *Kunkel,* Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts, ZSSt RomAbt 90 (1973) 150
- *Lange,* Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung – Eine juristische Überleitungsbilanz, NJW 1950, 565
- *Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts II/1[13] (1986)
- *Lauterbach,* Collegii theoretico-practici, a libro vigesimo pandectarum usque ad digestum novum, pars secunda (Tübingen 1706)
- Law Commission (England), Consultation Paper no 164: Registration of Security Interests: Company Charges and Property other than Land – A Consultation paper (2002)
- Law Commission (England), Consultation Paper no 176: Company Security Interests – A consultative report (2004)
- Law Commission (England), LAW COM no 296: Company Security Interests (2005)
- Law Commission (Scotland), Discussion Paper no 151: Discussion Paper on Moveable Transactions (2011)
- Law Commission (Scotland), SCOT LAW COM No 249: Report on Movable Transactions – Volume 1: Assignation of Claims; Volume 2: Security over Moveable Property; Volume 3: Draft Bill (2017)
- *Legeais,* Le droit français, modèle ou anti-modèle? in *Borga/Gout* (Hrsg), L'attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 27
- *Légrádi,* Mobiliarsicherheiten in Europa (2012)
- *Legrand,* Antivonbar, (2006) 1 JCL 13
- *Leist,* Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889/Nachdruck 1970)

- *Leitgeb,* Novelle zum FinanzsicherheitenG: Massive Durchbrechung der Sicherheitenverwertung! RdW 2011, 379
- *Lenhard,* Die Vorschläge zur Reform des englischen Mobiliarkreditsicherungsrechts (2010)
- *Leonhard,* Gutachten über die Frage: Ob und unter welchen Voraussetzungen das constitutum possessorium mit der Wirkung der Besitzübertragung für bewegliche Sachen auszustatten ist? in Verhandlungen des 15. DJT I (1880) 91
- *Leonhard,* Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhange über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium, Gruchot 25 (1881) 177, 513
- *Levy,* Weströmisches Vulgarrecht – Das Obligationenrecht (1956)
- *Lilja,* National Report on the Transfer of Movables in Sweden, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), National Reports on the Transfer of Movables in Europe V: Sweden, Norway and Denmark, Finland, Spain (2011) 1
- *Linckelmann,* Die Sicherungsübereignung, ArchBürgR 7 (1893) 209
- *Lindenbauer,* Die Nichtanerkennung publizitätsloser ausländischer Mobiliarsicherheiten im Lichte der Europäischen Grundfreiheiten – Eine Untersuchung der österreichischen Rechtslage anhand des Kohärenzgebotes des EuGH, ALJ 2021, 24
- *Löffelmann,* Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen – Rechtsvergleich zwischen deutschem und römischem Recht (1996)
- *Löhnig,* Treuhand – Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte (2006)
- *Loher,* Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt im schweizerischen Recht (2018)
- *Loof/Berlee,* Case Study: Harmonizing Security Rights, in *Akkermans/Hage/Kornet/Smits* (Hrsg), Who Does What? – On the allocation of regulatory competences in European Private Law (2015) 211 – Ebenfalls erschienen als: Maastricht European Private Law Institute Working Paper No 2014/15, 6 abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2462137>
- *Lütge,* Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte – Ein Überblick³ (1966)
- *Luig,* Das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübertragung nach deutschem Recht, in *Vacca* (Hrsg), Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica I (1991) 225
- *Lukas,* Die geplante Reform des Pfandrechts an beweglichen Sachen in Tschechien aus österreichischer Sicht, in *Švestka/Dvořák/Tichý* (Hrsg), Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva – Tagungsband der Diskussionsforen zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2008) 154
- *Lukas,* Vom UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions zu einem Mobiliarpfandregister in Österreich, ÖBA 2007, 262
- *Lurger,* Aus einem hypothetischen Verstoß gegen die Grundfreiheiten folgt: Besitzloses (deutsches) Sicherungseigentum überlebt den Grenzübertritt nach Österreich nun doch, IPRax 2019, 560
- *Lurger,* Die Zession im sachenrechtlichen Übertragungssystem des ABGB, in FS Welser (2004) 639

- *Lurger/W. Faber* in co-operation with *Moraitis, Costa, Greco, Lilja, Weiker* and *Cascao,* Principles of European Law: Acquisition and Loss of Ownership of Goods (PEL Acq Own) (2011)
- *Lwowski,* Ökonomische und rechtliche Anforderungen an ein optimal funktionierendes Mobiliarkreditsicherungsrecht aus der Sicht der Praxis, in *Basedow/Remien/Wenckstern* (Hrsg), Europäisches Kreditsicherungsrecht – Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu Ehren von Ulrich Drobnig am 12. Dezember 2008 (2010) 173
- *Maaß,* Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts, insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert (2000)
- *Macdonald,* Transnational Secured Transactions Reform: Book IX of the Draft Common Frame of Reference in Perspective, ZEuP 2009, 745
- *Madl,* Grundprobleme der Verarbeitung nach österreichischem Recht (1999)
- *Malekzadem,* De uitwinning van pandrechten na de hervorming, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 157
- *Malekzadem,* Retentierecht, NjW 2017, 250
- *Mätzler/Hebein,* Neue Möglichkeiten für Verpfändungen – Die Ausweitung des Finanzsicherheitengesetzes, ÖBA 2011, 624
- *Manigk,* »Hypotheca«, in Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft IX/1 (1914) Sp 343
- *Manigk,* »Pignus«, in Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft XX/1 (1941) Sp 1239
- *Markl/Niedermayr,* Zur Rückgabe des Mobiliarpfands unter Vorbehalt, ÖJZ 1994, 185
- *Martial-Braz,* L’existence de modèles alternatifs, in *Borga/Gout* (Hrsg), L’attractivité du droit français des sûretés réelles (2016) 35
- *Martiny,* Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law, IPRax 2012, 119
- *Mattiangeli,* Die Anwendung des ABGB in Italien im 19. Jahrhundert und seine historischen Aspekte (2012)
- *Matz,* Regulierung von Eigentumssicherheiten an beweglichen Sachen – Reformüberlegungen auf rechtsvergleichender Grundlage (2014)
- *Mayrhofer,* Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966)
- *Mayrhofer,* Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ÖJZ 1969, 197
- *Mayrhofer,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II: Das Recht der Schuldverhältnisse – 1. Allgemeine Lehren[3] (1986)
- *Mayrhofer,* Zur neueren Entwicklung der Kreditsicherung durch Fahrnis (1968)
- *H. Mazeaud/L. Mazeaud/J. Mazeaud,* Leçons de droit civil II: Obligations – théorie générale; Biens – droit de propriété et ses démembrements[3] (1966)
- *McCormack,* Pressured by the paradigm – The Law Commission and company security interests, in *de Lacy* (Hrsg), The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives (2010) 83
- *McCormack,* Secured Credit under English and American Law (2004)

- *McCormack,* The CFR and Credit Securities – A Suitable Case for Treatment? in *Vaquer* (Hrsg), European Private Law Beyond the Common Frame of Reference – Essays in Honour of Reinhard Zimmermann (2008) 97
- *McCormack,* The Law Commission Consultative Report on Company Security Interests: An Irreverent Riposte, (2005) 68 MLR 286
- *McCormack,* Title Retention and the Company Charge Registration System, in *Palmer/McKendrick* (Hrsg), Interests in Goods[2] (1998) 727
- *McGuire,* Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code, ZfRV 2006, 163
- *McKendrick* (ed), Goode on Commercial Law[5] (2016)
- *Medicus/Petersen,* Allgemeiner Teil des BGB[11] (2016)
- *Meijers,* Eigendomsoverdracht tot zekerheid – preadvis Broederschap der notarissen 1936, Correspondentieblad van de Broederschap der notarissen 39 (1936); ebenfalls veröffentlicht in *Feenstra/Fischer/Blok/Wubbe* (Hrsg), Bibliographie der geschriften van *E. M. Meijers* (1957) 250
- *Meinhart,* Dogmengeschichte und Dogmatisches zum Eigentumsvorbehalt, ZSSt RomAbt 105 (1988) 729
- *Melchior,* Vortrag zur Frage: Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? in Verhandlungen des 32. DJT II (1922) 203
- *Menne,* Die Sicherung des Warenlieferanten durch den Eigentumsvorbehalt im französischen Recht (1998)
- *Mezger,* Das neue französische Gesetz über die erleichterte Mantelzession, RIW 1981, 213
- *Migsch,* Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip – Dargestellt anhand der Verpfändung eines Warenlagers, in FS Welser (2004) 711
- *Mincke,* Die Akzessorietät des Pfandrechts – Eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts (1987)
- *Ministère de la justice,* Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n° 71 vom 24.3.2006, 4467 (Text n° 28)
- *Ministère de la justice,* Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, JUSC2113814P, JORF n°0216 vom 16.9.2021 (Text n° 18)
- *Misera,* Zum Eigentumsvorbehalt im klassischen römischen Recht, in FS Serick (1992) 275
- *Mitsdörffer,* Sicherungsrechte an Schutzrechten – Ein Vergleich zwischen dem deutschen Recht und dem UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2014)
- *Morell/Helsen,* The Interrelation of Transparency and Availability of Collateral: German and Belgian Laws of Non-possessory Security Interests, ERPL 2014, 393
- *D. Mühl,* Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und Eigentumsvorbehalt im italienischen Recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1980)
- *Mugdan,* Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil (1899); II: Recht der Schuldverhältnisse (1899); III: Sachenrecht (1899)

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I[9] (2021), III[8] (2019), IV[8] (2019), VIII[8] (2020)
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung II[4] (2019)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung II[6] (2020)
- *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[12] (2020)
- *Nicaise,* Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016, in *Durant* (Hrsg), Les sûretés réelles mobilières (2017) 9
- *Nieper/Westerdijk* (Hrsg), Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 3, 4 und 5: Allgemeiner Teil des Vermögensrechts, Erbrecht und Sachenrecht (1996)
- *Nippel,* Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie III (1831)
- *Nolan,* Property in a Fund, (2004) 120 LQR 108
- *Noordraven,* Die Fiduzia im Römischen Recht (1999)
- *Oberhammer,* Unternehmen, Gesamtsache, Unternehmenszubehör – und Pfändung. Überlegungen zu Gegenstand und Wirkung des Pfändungspfandrechts in der »Unternehmensexekution«, in FS Krejci (2001) 257
- *Oertmann,* Die Pfändung stehender Früchte – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den künftigen Rechten, ZZP 41 (1911) 1
- *Oertmann,* In welcher Form soll die Sicherungsübereignung durch das künftige Bürgerliche Gesetzbuch geregelt werden, in Gutachten zum 3. DJT in der Tschechoslowakei (1927) 1
- *Ofner,* Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I–II (1889)
- *Ohmeyer,* Verfügung über künftige Rechte – Zugleich ein Beitrag zur Theorie der künftigen Rechte (1909)
- *Otten,* Die Entwicklung der Treuhand im 19. Jahrhundert – Die Ausbildung des Treuhandbegriffs des modernen Rechts (1975)
- *Palandt* (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen[80] (2021)
- *F.B. Palmer,* The Companies Act 1900[2] (1901)
- *Palmer/Hudson,* Pledge, in *Palmer/McKendrick* (Hrsg), Interests in Goods[2] (1998) 621
- *Panis/Jacobs,* Wet Financiële Zekerheden en Pandwet: tussen polaroid en het digitale tijdperk, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 301
- *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus,* Insolvenzrecht[2] (2010)
- Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen (hrsg von *van Zerben/du Pon,* unter Mitwirkung von *Olthof,* 1981)
- Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen (hrsg von *Reehuis/Slob,* 1990)
- *Patzel,* Zur Frage der Wirksamkeit eines deutschen Sicherungseigentums in Frankreich, DB 1970, 577
- *Peeters/Nobels,* Pand op geldsommen en schuldvorderingen, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 111

- *Pekarek,* Gedanken zu einem Pfandregister für Mobiliarpfänder aus der Sicht des Kreditgebers, NZ 2002, 28
- *Pennington,* The Genesis of the Floating Charge, (1960) 23 MLR 630
- *Peters,* Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen Recht, in *Medicus/Seiler* (Hrsg), Studien im römischen Recht – Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern (1973) 137
- *Peters,* Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts (1973)
- *Petschek/Reimer/Schiemer,* Das österreichische Insolvenzrecht – Eine systematische Darstellung (1973)
- *Pfaff,* Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, JBl 1885, 277
- *Pfaff,* »Stellionatus«, in Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaften III A, 2 (1929) Sp 2326 (Bandzählung uneinheitlich)
- *Pfersche,* Die Sicherungsübereignung, ZBl 30 (1912) 725
- *Pfersche,* Grundriß des Sachenrechts[2] (1911)
- *Picht,* Vom materiellen Wert des Immateriellen – Immaterialgüterrechte als Kreditsicherungsmittel im nationalen und internationalen Rechtsverkehr (2018)
- *Pieters,* Artikelen 26 t.e.m. 38 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2014) 31
- *Pieters,* Het Pandregister, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 79
- *Planck* (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz III[1&2] (1902)
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz II/1[4] (1914); hrsg von *Strohal*
- *Planiol/Ripert/Picard,* Traité pratique de droit civil français III: Les biens[2] (1952)
- *Pletzer,* Doppelveräußerung und Forderungseingriff – Die Auswirkungen der mehrfachen Veräußerung beweglicher Sachen und Liegenschaften (2000)
- *Pöggeler,* Die Abtretung zukünftiger Forderungen (Vorausabtretung), in *Nörr/Scheyhing/Pöggeler,* Sukzessionen – Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme[2] (1999) 107
- *Pollak,* Die Entwürfe zu einer Konkurs- und Ausgleichsordnung und die Sicherungsübereignung, JBl 1914, 529
- *Prütting,* Sachenrecht – Ein Studienbuch[37] (2020)
- *Ch. Rabl,* Die Verarbeitungsklausel beim Eigentumsvorbehalt, in FS Koziol (2010) 341
- *Ch. Rabl,* Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung – Eine durch das ZGB inspirierte Neudeutung des österreichischen Rechts, in FS Bucher (2009) 611
- *E. Rabel,* Einige bemerkenswerte Neuheiten im schweizerischen Zivilgesetzbuche, GZ 1911, 161
- *E. Rabel,* Rezension zu Romano, Appunti sul pegno dei frutti nel diritto Romano (1931), ZSSt RomAbt 53 (1933) 587
- *Rappaport,* Über die Bedeutung des Titels für die Gültigkeit der Eigentumsübergabe nach dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911) 400

- Rapport fait au nom de la commission de la justice par Mme Carina van Cauter/Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door mevrouw Carina van Cauter, aus: *Chambre des représentants de Belgique/Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers,* Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière/Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, vom 21.12.2012, DOC 53 2463/005, 23
- *Rebernig,* Anfechtungsfeste Sicherstellung durch Zession künftiger Forderungen? ZIK 2009, 44
- *Rechberger,* Kreditsicherungsmittel – Wunsch und Wirklichkeit, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II – Der Notar und die Kreditbesicherung im europäischen Umfeld (2005) 43
- *Rechberger,* Überlegungen zur Einführung eines Registerpfandes in Österreich, NZ 2002, 2
- *Rechberger/Oberhammer,* Exekutionsrecht^{5} (2009)
- *Rechberger/Seeber/Thurner,* Insolvenzrecht^{3} (2018)
- *Reehuis,* Niederlande, in *Hadding/Schneider* (Hrsg), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen (1999) 469
- *Regelsberger,* Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession – I. Die Geltendmachung der rechtlichen Mängel des Cessionsvorgangs durch den Schuldner, AcP 63 (1880) 157
- *B. Reich,* Das stille Pfandrecht der Niederlande – Ziel oder bloßer Schritt auf dem Weg zur Reformierung der deutschen Sicherungsübereignung? (2006)
- *N. Reich,* Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung, AcP 169 (1969) 246
- Reichs-Justizamt (Hrsg), Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs III: Aeußerungen zum Sachenrecht (1890/Neudruck 1967)
- *Reinicke/Tiedtke,* Kaufrecht^{8} (2009)
- *Reinold,* Die schwankende Rechtsprechung über die sicherungsweise Eigentumsübertragung, JBl 1916, 255
- *Riedler,* Anmerkung zu OGH 6 Ob 116/05k, ÖBA 2007, 735
- *Riedler,* »Babylonische« Verwirrung um den Publizitätsakt bei der Sicherungszession? – 13 Thesen zum Buchvermerk, ÖBA 2003, 415
- *Riedler,* Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904
- *Riedler,* Eigentumsvorbehalt, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX: Kreditsicherheiten Teil II^{2} (2012) 244
- *Riedler,* Gedankensplitter zur aktuellen Judikatur rund um Sicherungszessionen, ÖBA 2000, 583
- *Riedler,* Gedanken zur Publizität dinglicher Kreditsicherungsrechte de lege lata et ferenda, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), FS 200 Jahre ABGB (2011) 1365
- *Riedler,* Studienkonzept Zivilrecht V: Sachenrecht^{3} (2010)

- *Riedler,* Vorrang, Ort und Umfang des Buchvermerks bei der Sicherungszession im Lichte der jüngsten OGH-Judikatur, JBl 2002, 194
- *Riel,* Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht, ZIK 2007, 195
- *Rintelen,* Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechtes (1915)
- *Riss,* Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts – neue Gedanken zu einer alten Streitfrage. Ein Beitrag zur Lehre von der dinglichen Einigung, ÖBA 2010, 215
- *Riss,* Warum ist der Faustpfandgläubiger absonderungsberechtigt? – Zum Verhältnis von Faustpfandprinzip und insolvenzrechtlichem Gleichbehandlungsgrundsatz, in FS Iro (2013) 401
- *Ronacher,* Anmerkung zu OGH 3 Ob 249/18s, JBl 2019, 439
- *Romano,* Appunti sul pegno ai frutti nel diritto romano (1931)
- *M. Roth,* Exekutions- und Insolvenzrecht[11] (2019)
- *Rottnauer,* Die Mobiliarkreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung der besitzlosen Pfandrechte im deutschen und englischen Recht (1992)
- *Rozenberg,* Exécution forcée et réalisation des sûretés réelles mobilières, in *Durant* (Hrsg), Les sûretés réelles mobilières (2017) 117
- *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I[3] (2000); II/3[3] (2002); II/6[3] (2004)
- *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: §§ 285–446 ABGB[4] (2016); §§ 1035–1150 ABGB[4] (2017)
- *Rutgers,* Registered European Security Instrument in a Multilingual European Union, in *van Erp/Salomons/Akkermans* (Hrsg), The Future of European Property Law (2012) 153
- *Sagaert,* Cour de cassation française, 26 Avril 2000 – priority conflict between the seller under title retention and the assignee of the resale claim, ERPL 2002, 823
- *Sagaert,* Het eigendomsvoorbehoud (en retentierecht) onder de Pandwet, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 29
- *Sagaert,* The background and general principles of the new Belgian property law, EPLJ 2021, 3
- *Sailer,* Aktuelle Probleme des Mobiliarpfandes, ÖBA 2001, 211
- *Sailer,* Reichweite der (General-)Sicherungszession, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2015 (2016) 143
- *Salinger,* Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung? in Verhandlungen des 31. DJT I (1912) 409
- *Salinger,* Zur Einführung des Registerpfandrechts, DJZ 1926, Sp 633
- *Salomons,* De wetshistorische wortels van ons stille pandrecht – Waardoor verloor Meijers de slag om het registerpand? AAe 2013, 319
- *Salomons,* National Report on the Transfer of Ownership of Movables in The Netherlands, in *W. Faber/Lurger* (Hrsg), National Reports on the Transfer of Movables in Europe VI: The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia (2011) 1
- *Sandmann,* Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland (1972)

- *Sauberer,* Die Zukunft des Besicherungsrechts – Der Vorschlag des Notariats zur Einführung eines Registerpfandrechts an beweglichen Sachen in Österreich, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II – Der Notar und die Kreditbesicherung im europäischen Umfeld (2005) 129
- *Savigny,* Das Recht des Besitzes – Eine civilistische Abhandlung[7] (1867/Nachdruck 1967)
- *Saxl,* Eine alte Quelle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, GrünhutsZ 24 (1897) 425
- *Schacherreiter,* Publizitätsloses Sicherungseigentum im deutsch-österreichischen Grenzverkehr – Die Versagung der Anerkennung auf dem Prüfstein des Gemeinschaftsrechts, ZfRV 2005, 173
- *Schanbacher,* Beobachtungen zum sog. ›pignus Gordianum‹, ZSSt RomAbt 114 (1997) 233
- *Schanbacher,* Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht (1987)
- *Schanbacher,* Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts, ZSSt RomAbt 123 (2006) 49
- *Schauer,* Ein Register für Mobiliarsicherheiten – der österreichische Entwurf, das polnische Recht und der Draft Common Frame of Reference im Vergleich, in FS Kalus (2010) 451
- *Schauer* (Hrsg), Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht (2007)
- *Schauer,* Ein Register für Mobiliarsicherheiten in Österreich: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlagen, in *Schauer* (Hrsg), Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht (2007) 1
- *Schermaier,* Sicherungsübereignung und Sicherungszession im deutschen Recht und im deutschen Rechtskreis, in *Vacca* (Hrsg), La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica – V Congresso Internazionale ARISTEC, Salisburgo, 13–15 settembre 2001 (2003) 297
- *Schey,* Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/3 (1907)
- *Schiemann,* Über die Funktion des pactum reservati dominii während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa, ZSSt RomAbt 93 (1976) 161
- *Schinnerer/Avancini,* Bankverträge II: Kreditvertrag; Kreditsicherung; Bankgarantie[3] (1978)
- *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB I (2003), II/2 (2007), III/1 (2013); zitiert als HKK BGB
- *Schoditsch,* Eigentumsvorbehalt und Insolvenz (2009)
- *Scholl,* Die Reform des belgischen Mobiliarkreditsicherungsrechts (2018)
- *Schöndorf,* Materialien zur Frage von der Mobiliarhypothek, ZHR 68 (1910) 483
- *Scholler,* Pfandrecht und Grundschuld, in *Adams/Wilke* et al (Hrsg), Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft V (1888) 359
- *Schubert,* Das Abzahlungsgesetz von 1894 als Beispiel für das Verhältnis von Sozialpolitik und Privatrecht in der Regierungszeit des Reichskanzlers von Caprivi, ZSSt GermAbt 102 (1985) 130

- *Schubert,* Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung (1966)
- *Schubert,* Einleitung, in *Schubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht I (1982) XI ff
- *Schulte-Nölke,* Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161
- *F. Schulz,* Zwischenverfügungen bei Veräußerung und Verpfändung wesentlicher Bestandteile, in FG Zitelmann (1923) 81
- *Schwartze,* Kreditsicherung bei Grenzüberschreitung, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VIII: Kreditsicherheiten Teil I (2012) 343
- *Schwimann/Kodek* (Hrsg), Allgemeines bürgerliches Recht – Praxiskommentar III[5]: §§ 285–530 ABGB (2020); VI[5]: §§ 938–1089 ABGB (2021); VI[4]: §§ 1293–1503 ABGB (2016)
- *F. Schwind,* Publizitäts- und Faustpfandprinzip im österreichischen und internationalen Sachenrecht, in *F. Schwind* (Hrsg), Europarecht – Internationales Privatrecht – Rechtsvergleichung (1988) 61
- *D. Schwintowski,* Das besitzlose Pfandrecht – Eine Neuinterpretation des geltenden Rechts (2012)
- *Service Public Fédéral Finances* (Hrsg), Registre national des gages – Manuel utilisateur, Version 3.0 (ohne Jahr)
- *Schwister,* Rechtsprechung und Kreditwesen, DJZ 1934, Sp 12
- *Secured Transactions Law Reform Project* (Hrsg), Secured Transaction Law: The Case for Reform (Positionspapier, 2014), abrufbar unter <http://securedtransactionslawreformproject.org/the-case-for-reform/>
- *Seiler,* Vortrag zur Frage: Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek? in Verhandlungen des 32. DJT II (1922) 185
- *Serick,* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung
  I: Der einfache Eigentumsvorbehalt (1963);
  II: Die einfache Sicherungsübertragung – Erster Teil (1965);
  III: Die einfache Sicherungsübertragung – Zweiter Teil (1970);
  IV: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung – Erster Teil (1976);
  V: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung – Zweiter Teil: Erweiterungsformen; Dritter Teil: Sonstiges (1982);
  VI: Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung – Dritter Teil: Sonstiges, Insolvenzrecht (Vergleich); Insolvenzrechtsreform (1986)
- *Serick,* Mobiliarsicherheiten und Insolvenzrechtsreform – Eine Auseinandersetzung mit den Berichten der Kommission für Insolvenzrecht (1987)
- *Sigman,* Security in movables in the United States – Uniform Commercial Code Article 9: a basis for comparison, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 54

- *Simler,* Das Recht der Mobiliarsicherheiten in Frankreich, in *Kreuzer* (Hrsg), Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit? – Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anläßlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Jena vom 20.–22. März 1996 (1999) 105
- *Simler/Delebecque,* Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière[7] (2016)
- *Snijders,* Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables, in *Drobnig/Snijders/Zippro* (Hrsg), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market? (2006) 153
- *Soergel* (Begr), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Kommentar II[13] (1999), XIV[13] (2002)
- *Sohm,* Die Lehre vom subpignus (1864)
- *Spellenberg,* Eigentumsvorbehalt in Frankreich, ZfRV 1994, 105
- *Spielbüchler,* Anmerkung zu OGH 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216
- *Spielbüchler,* Der Dritte im Schuldverhältnis – Über den Zusammenhang von Schuld- und Sachenrecht (1973)
- *Spielbüchler,* Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, JBl 1968, 589
- *Spielbüchler,* Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl 1971, 589
- *Spitzer,* Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht – Eigentumsvorbehalt, Hypotheken, Sicherungszession, ÖBA 2014, 172
- *Spitzer,* Der Eigentumsvorbehalt im Insolvenzverfahren, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2013 (2014) 123
- *Spitzer,* Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht – verbotene Abreden, HGB-Reform, Verwertungspflicht (2004)
- *Spitzer,* Konkursfestigkeit und Publizität der Sicherungszession, Zak 2007, 47
- *Spitzer,* Rücknahme und Verwertung von Vorbehaltsgut, ÖBA 2013, 473
- *Spitzer,* Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung – Bemerkungen zur Publizität anlässlich 4 Ob 100/04s, ÖBA 2005, 885
- *Spitzer,* Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, JBl 2005, 695
- *Spitzer,* Zu Zweck, Wegfall und Wiederherstellung kreditsicherungsrechtlicher Publizität – Anmerkung anlässlich OGH 5 Ob 233/13w, JBl 2014, 556
- *Stadler,* Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion – Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts (1996)
- *Staudinger* (Begr), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen I (Allgemeiner Teil 4 a) (2021), II (Kaufrecht) (2014), III (Eigentum 2) (2011 und Neubearbeitung 2020)
- *Staudinger* (Begr), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Eckpfeiler des Zivilrechts[7] (2020/21)
- *Staudinger* (Begr), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Internationales Sachenrecht (2015)

- *Steennot,* Algemene regeling van het pand, in *Baeck/Kruithof* (Hrsg), Het nieuwe zekerheidsrecht (2014) 27
- *Steennot,* De bescherming van de consument bij pandovereenkomsten, in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 125
- *A. Steven,* Secured Transactions Reform, (2013) 17 EdinLR 251
- *Storme,* Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn, RW 2011–12, 254
- *Storme,* Juridische stellagebouw die het zicht op Europa belet, geïllustreerd aan de hand van de bezitsverschaffing van de financiële activa, TPR 2006, 1249
- *Storme,* Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam), in *Storme* (Hrsg), Roerende zekerheden na de Pandwet (2017) 223
- *Strasser,* Die Abtretung künftiger Forderungsrechte, in FS Hämmerle (1972) 397
- *Strasser/Grillberger,* Probleme des Zessionskredites (1976)
- *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum UGB II: Rechnungslegung[3] (erscheint faszikelweise)
- *Stubenrauch* (Begr), Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I[8] (1902), II[8] (1903)
- *Sturm,* Exegese von Scaevola (27 dig.) D. 20,1,34 pr., in *Schlosser/Sturm/Weber,* Die rechtsgeschichtliche Exegese – Römisches Recht – Deutsches Recht – Kirchenrecht[2] (1993) 26
- *Svarez,* Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgemeinen Landrechts, Jahrbücher für preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Band 41/Heft 81 (1833)
- *Swinnen,* Property law accessories under the DCFR, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives (2012) 289
- *Szemjonneck,* Die *fiducie* im französischen Code civil, ZEuP 2010, 563
- *Szilágyi,* Die Vorausabtretung im Gefüge des deutschen und ungarischen Rechts sowie des DCFR (2017)
- *Teichmann,* Die Gesetzesumgehung (1962)
- *Teloni,* Buchvermerk und Zessionsprüfung in der Bankpraxis, ÖBA 1999, 335
- *Terré/Simler,* Droit civil – Les biens[8] (2010)
- *Theisen,* Die Sicherungsübereignung und ihre römischrechtlichen Grundlagen in der Klassik – Betrachtungen des deutschen gemeinen Rechts des 19. Jahrhunderts, TR 69 (2001) 119
- *Thiemann,* Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte (1974)
- *Timmermann/Veder,* Netherlands, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Cross-Border Security over Receivables (2009) 181
- *Torggler,* Zur Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ÖBA 1998, 430
- *Uhlenbruck,* Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897
- *Uhlenbruck/Hirte/Vallender* (Hrsg), Insolvenzordnung – Kommentar[14] (2015)

- *Umlauft,* Die Treuhandschaft aus zivilrechtlicher Sicht, in *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandschaft (1995) 18
- UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2010)
- UNCITRAL Model Law on Secured Transactions (2016)
- UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment (2017)
- UNCITRAL Practice Guide on the Model Law on Secured Transactions (online 2019, print 2020)
- *Van den Broeck,* Artikelen 16–18 Pandwet, in Voorrechten en hypotheken: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer (2015) 11
- *Van den Broeck/De Leo,* Het gebruik van het pandregister onder de nieuwe pandwet, Nieuwsbrief Notariaat 2017, 1
- *van Hoof,* Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief (2015)
- *Veder,* Netherlands, in *Sigman/Kieninger* (Hrsg), Cross-Border Security over Tangibles (2007) 193
- *Vékás,* Dingliche Kreditsicherheiten und das neue ungarische Zivilgesetzbuch, in *Welser* (Hrsg), Das Recht der Kreditsicherung in Zentral- und Osteuropa (2014) 257
- *Veneziano,* A Secured Transactions' Regime for Europe: Treatment of Acquisition Finance Devices and Creditor's Enforcement Rights, Juridica International 14 (2008) 89
- *Veneziano,* Mobiliarsicherungsrecht im zukünftigen akademischen gemeinsamen Referenzrahmen, in *Schmidt-Kessel* (Hrsg), Der gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung (2009) 125
- *Veneziano,* Security Rights in Movables in the DCFR: General Presentation, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives (2012) 305
- *Veneziano,* The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group, in *van Erp/Salomons/Akkermans* (Hrsg), The Future of European Property Law (2012) 123
- *Verhagen,* Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht – Dingliche Sicherheit im Recht der Sulpizier, TR 79 (2011) 1
- *Verhagen,* Die Vereinbarung des Pfandverfalls im *ius commune,* ZEuP 2011, 109
- Verhandlungen des 15. DJT II (1881) (Diskussionsbeiträge von *Reuling* und *Brunner)*
- *Voet,* Commentarius ad Pandectas (ed Geneva 1757)
- *Vollmaier,* Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545
- *von Bar,* A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities, volume 12.1 EJCL (May 2008), ebenfalls veröffentlicht in (2008) 23 Tul Euro Civ LF 37
- *von Bar/Clive* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition (2009), 6 Bände
- *von Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition (2009), abrufbar unter <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf>

- *von Bar/Drobnig,* The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe – A Comparative Study (2004)
- *von Hoff,* Der Uniform Commercial Code in den USA im Vergleich zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts – Erfahrungen in den USA und gegenwärtige Bemühungen in Europa (2008)
- *E. von Schwind,* Wesen und Inhalt des Pfandrechts – Eine rechtsgeschichtliche und dogmatische Studie (1899)
- *von Wilmowsky,* Europäisches Kreditsicherungsrecht, in *Derleder/Knops/Bamberger* (Hrsg), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht II[3] (2017) 1947
- *Vranes,* Nochmals zur Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt (§ 467 3. Alt ABGB), JBl 1996, 763
- *Wacke,* Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht, ZSSt RomAbt 115 (1998) 438
- *Wacke,* Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts, ZSSt RomAbt 115 (1998) 168
- *Wächter,* Pandekten II – Besonderer Theil: Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht (1881)
- *H. Wagner,* Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians) (1974)
- *H. Wagner,* Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung (1968)
- *H. Wagner,* Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen, in Studi in onore di Arnaldo Biscardi III (1982) 391
- *E. Walter,* Die Treuhand im Exekutions- und Insolvenzverfahren (1998)
- *E. Weiß,* Pfandrechtliche Untersuchungen
  I: Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend (1909);
  II: Beiträge zur Dogmengeschichte, dann zur österreichischen, sächsischen und preußischen Gesetzgebung enthaltend (1910)
- *E. Weiß,* Zur Geschichte des Realfoliums und des Hauptbuchsystems in Österreich – Mit vornehmlicher Berücksichtigung der Verhältnisse zur Zeit der Entstehung des ABGB, in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB II (1911) 509
- *Wellspacher,* Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte (1906)
- *Wellspacher,* Sicherungsübereignung und Konkursordnung, GZ 1918, 49
- *Welser/Kletečka,* Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht[15] (2018)
- *Wendt,* Lehrbuch der Pandekten (1888)
- *Wernick,* Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten, in *Adams/Wilke* et al (Hrsg), Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft V (1888) 376
- *Wesel,* Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, ZSSt RomAbt 86 (1968) 94
- *Wesenberg/Wesener,* Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung[4] (1985)

- *Wesener,* Zur Entwicklung des Pfandrechts in den altösterreichischen Ländern, in FS H. Demelius (1973) 257
- *H. Westermann,* Referat, in Verhandlungen des 41. DJT II (1956) F 3
- *H.P. Westermann/Gursky/Eickmann,* Sachenrecht[8] (2011)
- *White & Summers,* Principles of Secured Transactions (2007)
- *White & Summers,* Uniform Commercial Code IV[5] (2002) (Practitioner Treatise Series)
- *Widhalm-Budak,* Sicherungszession und Insolvenz, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2013 (2014) 149
- *Wieacker,* Lex commissoria – Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht (1932)
- *Wieacker,* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung[2] (1967/2. Nachdruck 1996)
- *Wiegand,* Akzessorietät und Spezialität – Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in Probleme der Kreditsicherung – Berner Tage für die juristische Praxis 1981 (1982) 35
- *Wiegand,* Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in *Wiegand* (Hrsg), Mobiliarsicherheiten – Sicherungszession und -übereignung, Pfandrechte und Eigentumsvorbehalt aus privat- und verfahrensrechtlicher Sicht (1998) 75
- *Wiegand,* Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in *Bucher/Saladin* (Hrsg), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979 (1979) 283
- *Wiegand,* Sachenrechtsmodernisierung, in FS H.P. Westermann (2008) 731
- *Wiegand,* Zur Entwicklung der Pfandrechtstheorien im 19. Jahrhundert, ZNR 1981, 1
- *Wiegand,* Zur Reform des Kreditsicherungsrechts – Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions und das nationale Recht, in FS Horn (2006) 177
- *Wieling,* Sachenrecht I: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen[2] (2006)
- *Wiesinger,* Kreditsicherung durch Forderungsabtretung (2010)
- *Wilburg,* Gläubigerordnung und Wertverfolgung, JBl 1949, 29
- *Ch. Wilhelm,* Das neue französische Mobiliarkreditsicherungsrecht, ZEuP 2009, 152
- *J. Wilhelm,* Sachenrecht[7] (2021)
- *Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts I[1] (1862)
- *Windscheid/Kipp,* Lehrbuch des Pandektenrechts I[9] (1906)
- *Winner/Cierpial-Magnor* (Hrsg), Dingliche Kreditsicherheiten in der Insolvenz in Mittel- und Osteuropa (2016)
- *Wittig,* Sicherungseigentum, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg), Das Recht der Kreditsicherung[10] (2018) 476
- *Wittig,* Sicherungsabtretung, in *Lwowski/Fischer/Gehrlein* (Hrsg), Das Recht der Kreditsicherung[10] (2018) 626
- *Wohlgemuth,* Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitenrechts (2005)
- *Wolff/Raiser,* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III: Sachenrecht – Ein Lehrbuch[10] (1957)

- *Wolkerstorfer,* Das Pfandrecht des Unternehmers – Aktuelle Praxisprobleme und Lösungen (2012)
- *Wolkerstorfer,* Verpfändung von Maschinen durch Zeichen, RdW 2014, 507
- *Wolkerstorfer,* Zur Publizität bei der Verpfändung von Forderungen, JBl 2011, 225, 288
- *Worthington,* Proprietary Interests in Commercial Transactions (1996)
- *Zehetner,* Zessionsrecht (2007)
- *Zeiller,* Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie II/1 (1812), III/1 (1812)
- *Zeiller,* Abhandlung über die Principien des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege, in den Oesterreichischen Staaten II (1816), Neudruck hrsg von *Brauneder* (1986)
- *Zeiller,* Das natürliche Privat-Recht[3] (1819)
- *Zepke,* Buchvermerk für künftige Forderungen, ZIK 1999, 16
- *Zimmermann,* The Present State of European Private Law, (2009) 57 Am J Comp L 479
- *Zotter,* Insolvenzstatistik 2013 für Österreich, ZIK 2014, 18
- *Zwalve,* A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods, in *Kieninger* (Hrsg), Security Rights in Movable Property in European Private Law (2004) 38
- *Zwalve/Sirks,* Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte – Einführung und Sachenrecht (2012)
- *Zweigert/Kötz,* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts[3] (1996)

Sachverzeichnis

E

G

Q

R

S

Hinweise des Verlags

Dieses Dokument ist die vollständige, unveränderte Fassung des von Jürgen Rassi verfassten Werkes »Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess«, das gedruckt unter der ISBN 978-3-7097-0329-8 erhältlich ist. Es ist kein ebook im technischen Sinn, sondern ein PDF. Denn auch wenn die für die Erstellung von e-books derzeit verfügbare Software für die Gestaltung von Romanen und damit idR glatten Satz völlig ausreicht, genügt sie nicht den Ansprüchen für die elektronische Veröffentlichung langer wissenschaftlicher Texte mit zahlreichen Überschriftsebenen (in diesem Buch bis zu dreizehn) und umfassendem Fußnotenapparat – zumindest nicht, wenn diese Tätigkeit auch nur annähernd adäquat entlohnt werden soll.

Wir haben uns daher entschieden, unser Drucklayout auch für die elektronische Ausgabe zu verwenden. Auch wenn es auf einem Smartphone mit einem 4.3-inch Display lesbar ist, komfortabel und ohne Ermüdungserscheinungen hat es sich für uns erst ab einer Display-Größe von 9.7-inch erwiesen.

Das PDF ist zoombar und enthält einige Elemente zur Navigation – die Kapitelüberschriften im Inhaltsverzeichnis führen zum jeweiligen Kapitel und ein Klick auf das Alinea-Zeichen in der Fußzeile jeder Seite führt an den Beginn des Inhaltsverzeichnisses.

Abhängig vom Lesegerät und der verwendeten Software können leichte Unterschiede in Aussehen und dem Gebrauch der Navigationselemente auftreten.

PCs mit Adobe Acrobat X/Reader X und später:
Alle Navigationselemente sind schwarz. Wird der Mauszeiger über ein solches Element bewegt, wird er zu einer kleinen Hand und ein Linksklick mit der Maus aktiviert das Navigationselement.

iPad mit Adobe Acrobat X/Reader X und später:
Alle Navigationselemente sind blau. Ein Linksklick mit der Maus aktiviert dieses Element.

iBook Reader on an iPad:
Alle Navigationselemente sind schwarz. Ein kurzer Klick auf ein Element in der Fußzeile blättert zurück bzw vor. Ein längeres Drücken führt zum Inhaltsverzeichnis. Elemente im Inhaltsverzeichnis werden mit einem kurzen Klick aktiviert.

Andere Lesegeräte können andere Abweichungen zeigen.



Technisch können Sie mit diesem PDF Folgendes tun:

- Speichern und Weiterleitung an Dritte ohne ein Passwort zu verwenden;
- Das PDF drucken, wobei Sie bei Aufforderung das Passwort »none« eingeben müssen (die Anführungszeichen sind nicht Teil des Passworts). Dies scheint ein integraler Bestandteil der Software zu sein, denn wir haben zu unserem Bedauern bislang keinen Weg gefunden, dies zu umgehen;
- Kommentare einfügen und abspeichern; sowie
- Inhalte für die Weiterverwendung kopieren (die korrekte Quellenangabe ist erforderlich).

Technisch ist es mit diesem PDF nicht möglich Änderungen am Text vorzunehmen oder Textteile im PDF zu löschen.

Gerne können Sie uns unter kontakt@jan-sramek-verlag.at Feedback auch zu unserem zweiten Schritt in die Welt des elektronischen Publizierens geben. Wir können nicht versprechen, dass wir alle Nachrichten beantworten oder jede Anregung aufgreifen, aber wir lesen jede Nachricht und beziehen sie gerne in unsere weiteren Überlegungen ein.

Um zur Titelei zurückzukehren, klicken Sie bitte hier.



Darüber, dass im österreichischen Mobiliarsicherungsrecht Reformbedarf besteht, ist man sich weitgehend einig. Auch in zahlreichen anderen Ländern wird über eine Neuregelung nachgedacht. Wie eine solche Reform inhaltlich ausgestaltet sein sollte, ist eine komplexe Frage, die über die Erkenntnis, dass im Zentrum ein gegebenenfalls neu zu schaffendes Registersystem zu stehen hat, weit hinausreicht und jedenfalls eingehender Vorarbeiten bedarf.

Die vorliegende, in Hinblick auf jüngste Gesetzesänderungen in mehreren Staaten aktualisierte Habilitationsschrift stellt diese Frage nach einer Reformperspektive aufgrund einer eingehenden Analyse von Problembereichen des geltenden Rechts sowie in historischer und vergleichender Perspektive, wobei neben dem österreichischen Recht ausgewählte Fragen des deutschen, niederländischen, französischen, belgischen und englischen Mobiliarsicherungsrechts behandelt werden. Anknüpfend an Entwicklungslinien der Vergangenheit und Gegenwart wird abschließend konkret untersucht, ob und inwieweit der 2009 von einer europäischen Expertengruppe publizierte Draft Common Frame of Reference (DCFR) in den identifizierten Problemfeldern Lösungen anzubieten vermag, die bisherige Wertungen ernst nehmen, bereits eingeschlagene Entwicklungen sinnvoll weiterführen und in Bezug auf Sorgen, die in anderen jüngeren Reformdiskussionen aufgetreten sind, möglicherweise neues Kompromisspotential erschließen.

ISBN 978-3-7097-0329-8



Zivilrecht